DAS RECHTSSCHUTZBEDÜRFNIS IM KONKURS

insbesondere im Konkurseröffnungsverfahren

Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

VORGELEGT VON
FRITZ DÜRR
STUTTGART
1960

SCHNELLDRUCK SCHMIDEN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549606_0031

FRITZ DÜRR

Das Rechtsschutzbedürfnis im Konkurs

DAS RECHTSSCHUTZBEDÜRFNIS IM KONKURS

insbesondere im Konkurseröffnungsverfahren

Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

VORGELEGT VON FRITZ DÜRR · STUTTGART 1960

7750/61

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Obmann: Professor Dr. Jürgen Baumann

1. Berichterstatter: Professor Dr. Fritz Baur

2. Berichterstatter: Professor Dr. Jürgen Baumann

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Juni 1960

D 21

VORWORT

Ernst Jäger hat im Jahre 1936[1] *erklärt, die Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis im Konkurs harre noch des Ausbaus. Bis heute ist die in seinen Worten liegende Aufforderung nahezu ungehört verhallt, denn die Wissenschaft hat bis heute, von einigen wenigen kürzeren Betrachtungen abgesehen, zu dieser Problematik geschwiegen. So war und ist die Rechtsprechung auch heute noch auf sich gestellt. Doch wäre dies unschädlich, wenn Wesen und Funktion des Rechtsschutzbedürfnisses wenigstens im Bereiche anderer Verfahrensrechte, wie vor allem des Zivilprozesses, grundsätzlich geklärt wären. Man kann dies zumindest bezweifeln, denn selbst im Bereiche des Zivilprozesses hat die Wissenschaft, seitdem die Lehre vom Rechtsschutzanspruch untergegangen ist, der Rechtsprechung zum Rechtsschutzbedürfnis das Feld überlassen. Allein Schönke*[2] *hat im Jahre 1950 noch einmal die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses allgemein angesprochen.*

Wir werden uns daher, ehe wir uns für die speziellen Fragen des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurs interessieren können, zunächst grundsätzlich mit dem Wesen des Rechtsschutzbedürfnisses und seinen allgemeinen, für sämtliche Rechtsschutzverfahren gültigen Grundlagen auseinandersetzen müssen. Es wird zu fragen sein, ob wir auf dem Boden der bestehenden wissenschaftlichen Erörterungen aufbauen können. Erst wenn das Wesen des Rechtsschutzbedürfnisses freigelegt ist, vermag eine Prüfung der Gültigkeit dieses Rechtsinstituts im Konkurs nutzbringend zu sein.

---

1 Vgl. Jäger, Mißbrauch der Konkursantragsbefugnis, KonkTreuh 1936, S. 81.
2 Vgl. unten S. 11.

I. TEIL / DAS RECHTSSCHUTZBEDÜRFNIS IM ALLGEMEINEN

I. Abschnitt: Der überkommene Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses

I. Zum Stand von Rechtsprechung und Rechtslehre

1. Die gesetzlichen Grundlagen

Das geschriebene deutsche Verfahrensrecht kennt das Wort Rechtsschutzbedürfnis nicht. Dieser Name ist von der Prozeßrechtslehre geprägt worden. An mehreren Stellen fordert die Zivilprozeßordnung (ZPO) jedoch von dem Rechtsschutzsuchenden für bestimmte Rechtsschutzbegehren ein rechtliches Interesse. So kann nach § 256 ZPO auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder Feststellung ihrer Unechtheit nur dann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein „rechtliches Interesse" an alsbaldiger Feststellung des Rechtsverhältnisses oder der Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung hat. Dieser Begriff des „rechtlichen Interesses" findet sich weiterhin in § 66 Abs. I ZPO, der bestimmt, daß nur derjenige einem Dritten in einem anhängigen Rechtsstreit zu dessen Unterstützung als Streithelfer (Nebenintervenient) beitreten darf, der ein rechtliches Interesse an dessen Obsiegen hat. In § 485 ZPO schließlich ist für das Beweissicherungsverfahren ebenfalls das rechtliche Interesse ausdrücklich erwähnt.

2. Die Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat schon frühzeitig in diesen positiv-rechtlich geregelten Fällen ein jeder Klage zugrundezulegendes Prinzip gesehen. So hat das Reichsgericht in vielen Entscheidungen ausdrücklich und grundsätzlich die Meinung aufgestellt, daß ein Rechtsschutzinteresse (nunmehr unter dem Begriff Rechtsschutz-

bedürfnis) Voraussetzung jeder Klage sei[1]. In der herausragenden Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ Bd. 160, S. 204 ff (209) ist dies besonders hervorgehoben worden: Es sei anerkannter Grundsatz, daß Voraussetzung einer jeden Klage das Vorhandensein eines Rechtsschutzbedürfnisses sei. Die Tatsache, daß dieses Erfordernis vom Gesetz nur vereinzelt herausgestellt werde, bedeute nicht, daß es nicht Voraussetzung für die gerichtliche Geltendmachung eines jeden Anspruches sei.

Trotz der immensen Vielzahl von Entscheidungen[2] und der zwangsläufigen Kasuistik lassen einige ständig wiederkehrende Formulierungen den Inhalt dieses Rechtsschutzbedürfnisbegriffes der Rechtsprechung erkennen: Niemand dürfe die Tätigkeit der Gerichte „unnütz[3]“ oder gar „zu unlauteren Zwecken[4]“, „rechtsmißbräuchlich[5]“ oder „mutwillig[6]“ in Anspruch nehmen. Ein Rechtsschutzbedürfnis (auch die Worte berechtigtes, schutzwürdiges Interesse finden sich[7]) fehle dem Kläger dann, wenn ihm ein anderer kürzerer, einfacherer oder billigerer Weg zur Verfügung stehe[8]. Die höchstrichterliche Rechtsprechung nach 1945 ist dem Reichsgericht dem Grundsatze nach in vollem Umfange gefolgt[9].

3 Die ältere Lehre

Die Rechtsprechung konnte sich, als Fragen des Rechtsschutzbedürfnisses zum erstenmal an sie herangetragen wurden, bereits eine rege Diskussion in der Wissenschaft zunutze machen. Während die Rechtsprechung aber ihrer Funktion entsprechend den einzelnen Fall und nur diesen würdigte und entschied, sah es die Rechtslehre als ihre Aufgabe an, die Grundlagen dieses Begriffes zu erforschen und in eine umfassende prozessuale Systematik einzuordnen. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wollten wir sämtliche Lehrmeinungen ungeachtet ihrer heutigen Bedeutung darstellen. Die Beschränkung auf das Wesentliche ist deshalb geboten.

Die als erste zu erwähnende und bis in die jüngste Vergangenheit einzige um-

---

[1] So in allgemeiner und grundsätzlicher Form z. B.: RGZ Bd. 91, S. 391; 135, S. 33 ff (35); 146, S. 385 ff (395); 155, S. 72 ff (75) und insbesondere 160, S. 204 ff (209, auch RG in JW 1932 S. 649 Nr. 12)

[2] Vgl. dazu die Übersicht bei Stein-Jonas-Schönke ZPO, IV vor § 253.

[3] Z. B., wenn über den klägerischen Anspruch bereits entschieden ist (siehe zu diesem sehr umstrittenen Problemkreis die Übersicht über den Stand von Lehre und Rechtsprechung bei H. Wolf, Rechtsschutzbedürfnis für Klagen aus vollstreckbaren Ansprüchen, Dissertation Leipzig, 1937) oder wenn der Kläger das mit der Klage verfolgte Ziel ohne gerichtliche Hilfe erreichen kann (z. B. gemäß § 375 HGB, vgl. OLG Dresden in Rspr. OLG Bd. 4, S. 226).

[4] Z. B. RGZ Bd. 155, S. 72 ff (75); RG in JW 1935, S. 1928.

[5] Z. B. RGZ Bd. 146, S. 385 ff (395).

[6] Z. B. RGZ Bd. 169, S. 226.

[7] Z. B. RGZ Bd. 88, S. 267.

[8] Vgl. z. B. RGZ Bd. 86, S. 13 (zu § 109 ZPO); 88, S. 267 (zu §§ 727, 731 ZPO); 130, S. 218 (zu 764 ZPO); 142, S. 180; RG in JW 1925 S. 764, aber auch in JW 1923, S. 750; RG in JW 1925, S. 1796 (verneinend für das Verhältnis der Klage aus § 894 BGB zur Grundbuchberichtigung im Verfahren nach der GBO); für das Verhältnis der Klage auf Unterlassung einer Handlung zu der Möglichkeit, die Rechtsverletzung durch Strafanzeige oder Erhebung der Privatklage geltend zu machen: einerseits RGZ Bd. 71, S. 85; 77, S. 217; 82, S. 59; 88, S. 130; 98, S. 36 — andererseits RGZ Bd. 115, S. 81; 138, S. 219 ff (232); 155, S. 92; 156, S. 377;

[9] Zunächst der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone; vgl. OGHZ Bd. 1, S. 213; 1, S. 333; in der Folgezeit der Bundesgerichtshof; vgl. z. B. BGHZ Bd. 4, S. 328; 10, S. 333; vgl. auch: das Bundesverwaltungsgericht z. B. in BVerw. GE Bd. 1, S. 134; 2, S. 343 (Nr. 98).

fassende systematische Behandlung fand das Rechtsschutzbedürfnis in der Theorie vom Rechtsschutzanspruch. Dieser Anspruch wurde von seinen Anhängern definiert als das bei allen Klagen wiederkehrende subjektive öffentliche Recht der klagenden Partei gegen den die Gerichtsbarkeit ausübenden Staat auf die der Rechtslage entsprechende günstige Rechtsschutzhandlung. Das Rechtsschutzbedürfnis sollte eine der Voraussetzungen dieses Anspruches sein, bei deren Vorliegen dem Kläger das Recht auf ein günstiges Sachurteil zustehen sollte.

Adolf Wach[1] war der Begründer dieser Lehre.

Konrad Hellwig[2], Richard Schmidt[3], Langheineken[4],

---

1 Vgl. Adolf Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, I. Bd. insbes. § 2 IV, S. 19 f; ders., Der Rechtsschutzanspruch, ZZP Bd. 32, S. 5 ff; ders., Der Feststellungsanspruch.
Insbesondere die letztgenannte Schrift macht deutlich, wie Wach das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses verstanden wissen will. So lesen wir auf S. 22: „Voraussetzung jedes Rechtsschutzanspruches ist das berechtigte Rechtsschutzinteresse, das vom Gesetz anerkannte Bedürfnis nach Schutz in der Form bestimmter Rechtspflegeakte."
Die Kriterien der vom Rechtsschutzbedürfnis geforderten Schutzbedürftigkeit des Klägers sollen die Befriedigungsbedürftigkeit seines befriedigungsbedürftigen Rechts (was gleichbedeutend sei mit der Anspruchsexistenz — dem unbedingten, unbetagten Anspruch, vgl. aaO, S. 23) oder wo dieses Kriterium — wie bei der Feststellungsklage, vgl. aaO, S. 37 — versage, wenn nicht der objektiv rechtswidrige Zustand der Rechtsverletzung, so doch die Rechtsbedrohung oder Rechtsbeeinträchtigung sein, vgl. aaO. S. 52. Verletzung und Gefährdung seien die beiden einzigen Formen, in denen Rechtsgüter angegriffen und durch die der Rechtsschutz, in welcher Form auch immer, begründet werden könne. Das Schutzmittel der Klage könne gegen den Beklagten nur verwendet werden, wenn der schutzberechtigende Tatbestand in dessen Verhalten liege; der Beklagte müsse also die Rechtsstellung des Klägers objektiv und nicht nur eingebildetermaßen angreifen, d. h. verletzen oder bedrohen und dessen Anspruch unbefriedigt lassen, obschon er befriedigungsbedürftig, d. h. z. B. fällig sei (vgl. Handbuch I aaO, S. 20).

2 Konrad Hellwig, Anspruch und Klagerecht; ders., Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts I. Bd., insbes. §§ 57 ff; ders., Klagrecht und Klagmöglichkeit; ders., System des Deutschen Zivilprozeßrechts I. Teil, insbes. §§ 101 ff.
Hellwig nennt den Rechtsschutzanspruch Klagrecht (vgl. Anspruch und Klagrecht § 22, S. 145). Er unterscheidet zwischen materiellen und prozessualen Klagevoraussetzungen und setzt diese in Gegensatz zu den Prozeßvoraussetzungen. Das Rechtsschutzinteresse soll eine prozessuale Klagevoraussetzung sein. Bei seinem Fehlen soll zwar ebeno wie beim Fehlen einer Prozeßvoraussetzung keine Entscheidung zur Hauptsache ergehen dürfen, trotzdem aber keine Prozeßabweisung, sondern Klagabweisung erfolgen. Es soll hierbei lediglich ausgesprochen werden, daß dem Kläger nicht das prozessuale Recht zustehe, wegen seines materiellen Rechts Rechtsschutz zu verlangen. Das Rechtsschutzinteresse sei also Voraussetzung einer erfolgreichen Klage oder genauer eine der Voraussetzungen, unter denen einer bestimmten Person das Recht (Klagrecht) zustehe, vom Staat zivilgerichtlichen Rechtsschutz durch Erlaß eines bestimmten Urteils (zur Hauptsache) zu verlangen (vgl. Lehrbuch I aaO, § 22).
Inhaltlich setze das Rechtsschutzinteresse „eine solche Gestaltung der konkreten Verhältnisse, wie sie das Prozeßrecht fordert, damit ein genügendes Interesse des Klägers an der Erlangung der Verurteilung, Feststellung oder Rechtsänderung anerkannt wird", voraus (vgl. Klagrecht und Klagmöglichkeit § 9, III, 2 b, S. 71; Lehrbuch I aaO § 23 III, 5; System I aaO, § 101, S. 256).
Das Rechtsschutzinteresse bestehe
bei den Klagen auf Verurteilung zu gegenwärtiger Leistung in der Fälligkeit des voll wirksamen Anspruchs auf die Leistung (vgl. Lehrbuch I aaO § 57, II),
bei den Klagen auf Verurteilung zu künftiger Leistung in dem Vorliegen der namentlich in den §§ 257—259 ZPO bestimmten Voraussetzungen (vgl. aaO), bei den Klagen auf Unterlassung in dem Vorliegen der in den Vorschriften des BGB, namentlich der §§ 12, 862, 1004 BGB, vorausgesetzten Umstände, bei den Feststellungsklagen in dem in § 256 ZPO bestimmten Interesse an alsbaldiger Feststellung (aaO § 59),
bei der Klage auf konstitutives Urteil in dem (materiellen) Recht auf sofortige richterliche Vollziehung der Rechtsänderung (aaO § 61 f).

3 Richard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. Er unterscheidet sich im wesentlichen nur in der Terminologie von den zuvor genannten Autoren, indem er den Begriff Rechtsschutzbedingung einführt.

4 Das gleiche gilt für Langheineken, Der Urteilsspruch.
Langheineken erweitert die ohnehin reiche Vielzahl von Begriffen dadurch, daß er das rechtliche Interesse eine Existenzbedingung des Rechtsschutzanspruches nennt. Wie jedes subjektive Recht, so habe auch der Rechtsschutzanspruch ein von der Rechtsordnung anerkanntes, objektiv begründetes Interesse zur Voraussetzung (vgl. aaO, § 4, IV 1), das herkömmlicherweise Rechtsschutzinteresse heiße.

(Fortsetzung siehe Seite 10)

Goldschmidt[1] und andere[2] folgten ihr. Friedrich Stein[3] festigte und vertiefte sie weiter, indem er die Voraussetzungen des Rechtsschutzanspruches und hier auch das Rechtsschutzbedürfnis näher untersuchte.

Die Lehre vom Rechtsschutzanspruch wird von der jüngeren Rechtslehre nahezu einhellig abgelehnt. Die Gründe dafür sind bekannt; sie sind so zahlreich von hervorragenden Vertretern der Prozeßwissenschaft[4] und von der Rechtsprechung[5] vorgetragen worden, daß wir uns mit der bloßen Feststellung begnügen können.

Dieser Rechtsschutzgrund habe selbst zwei Existenzvoraussetzungen:
Er müsse in tatsächlicher Hinsicht in bestimmten äußeren Tatsachen objektiv begründet sein, und das in concreto objektiv begründete Rechtsschutzinteresse müsse in rechtlicher Hinsicht durch das Prozeßrecht generell anerkannt werden. Letzteres ergebe sich aus den Normen des positiven Rechts.

1 James Goldschmidt, Materielles Justizrecht; ders., Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht; ders., Zivilprozeßrecht, 2. Aufl.
Auch Goldschmidt bringt zum Inhalt des Rechtsschutzbedürfnisses nichts Neues. Sein Versuch, die Normen, die den Rechtsschutzanspruch sowie dessen Voraussetzungen (also auch das Rechtsschutzbedürfnis) regeln, dem materiellen Recht, aber nicht dem Privatrecht, sondern, da diese Normen „unzweifelhaft publizistischer Natur seien, dem materiellen Ziviljustizrecht, d. h. dem bürgerlichen Recht selbst, aber umgedacht als Inbegriff von Rechtsregeln für das Verhältnis des Einzelnen zum rechtsschutzpflichtigen Staat", zuzuweisen (vgl. dazu sehr instruktiv Kipp, Doppelwirkungen im Recht, Festschrift für von Martitz, 1911, S. 211), soll hier nicht interessieren.

2 Z. B. G. Schüler, Der Urteilsanspruch;
Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl., § 253, 1 u. 2.

3 Friedrich Stein, Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbes. bei der Verurteilungsklage, Festgabe für Hermann Fitting, S. 333 ff.
Stein rechnet das Rechtsschutzbedürfnis zu den sog. Rechtsschutzvoraussetzungen, d. h. zu den Umständen, die gegeben sein müssen, damit die Partei einen Rechtsschutzanspruch habe oder damit der Richter ein der Partei günstiges Sachurteil fällen könne.
Das Rechtsschutzbedürfnis als dritte Rechtsschutzvoraussetzung neben den Erfordernissen eines bestimmten Tatbestandes und der Rechtsschutzfähigkeit dieses Tatbestandes liegt nach Stein (vgl. aaO S. 399) dann vor, „wenn die verlangte richterliche Handlung bei objektiver Würdigung der Sachlage geeignet ist, dem Kläger über eine bestehende oder zu besorgende Beeinträchtigung seiner Rechtslage hinwegzuhelfen". An anderer Stelle (vgl. Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 10. Aufl. Vor § 253 IV 2) definiert er das Rechtsschutzbedürfnis als das Interesse des Klägers an dem von ihm erstrebten Urteil, an dessen Wirkungen, wie Rechtskraft, Vollstreckbarkeit oder sonstigen Nebenwirkungen.
Auf die Verurteilungsklage angewendet, bedeutet dies, daß sich der Beklagte der fälligen Leistung entzogen haben müsse oder zu besorgen sei, daß er sich der künftigen Leistung entziehen werde, so daß der Kläger eines Titels zur zwangsweisen Durchsetzung bedürfe. Von einer Rechtsverletzung macht Stein (anders Wach, s. o. S. 9 N. 1) das Rechtsschutzbedürfnis nicht abhängig. Lediglich in den Fällen der §§ 257—259 ZPO habe der Kläger neben seinem materiell-rechtlichen Anspruch ein Interesse an alsbaldiger Verurteilung darzulegen, das sich auf eine drohende Rechtsverletzung zu stützen habe. Für Unterlassungsklagen entscheide die Besorgnis der Fortdauer oder Wiederholung des Eingriffs über das Vorhandensein eines Rechtsschutzbedürfnisses. Insoweit umschreibe das bürgerliche Recht das Rechtsschutzbedürfnis, wie z. B. in den §§ 12, 862, 1004, 1053, 1134 BGB (vgl. aaO S. 400 f). Bei Rechtsgestaltungsklagen sei, da bei ihnen das richterliche Urteil eine bestimmte Wirkung schaffen solle, mit dem im Gesetz normierten Tatbestand das Bedürfnis nach dem richterlichen Urteil ohne weiteres gegeben, da ohne das richterliche Urteil die gesetzmäßige Wirkung des Tatbestandes gar nicht realisiert werden könne (vgl. aaO S. 348).
Ausnahmsweise könne aber in besonderen Fällen das Rechtsschutzbedürfnis trotz Vorliegen des so beschriebenen Rechtsschutzbedürfnisses entfallen, wenn auf Grund besonderer Tatsachen (Rechtsschutzhindernisse) das Interesse des Klägers ausgeschlossen sei (aaO vor § 253 IV 2 b), so z. B. wenn der Kläger sich die Leistung durch eine lediglich von seinem Willen abhängige Handlung selbst verschaffen könne (schlechthin überflüssige Rechtsschutzhandlungen habe das Gericht abzulehnen — aaO S. 411) oder wenn der Rechtsschutzanspruch durch Urteil bereits befriedigt sei (der Staat dürfe seine hohe und veranwortungsbewußte Rechtspflegefunktion nicht zum Spielball der Parteilaunen werden lassen — aaO S. 412), aber auch wenn der Kläger sich einen vollstreckbaren Titel für seinen Anspruch auf einem anderen gesetzlich vorgeschriebenen Weg verschaffen könne (aaO S. 435 ff).

4 Z. B. Bley, Klagrecht und rechtliches Interesse, insbes. S. 12;
J. Binder, Prozeß und Recht; Kohler, Der sog. Rechtsschutzanspruch, ZZP 33. Bd. S. 211 ff; Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts S. 533 ff; Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts § 90 m. Hinw.

5 RGZ Bd. 71 S. 71.

Es wird jedoch selbst von ihren Gegnern als das Verdienst dieser Lehre anerkannt[1], daß sie den Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses in die Wissenschaft eingeführt und ihm zum erstenmal eine wissenschaftliche Erörterung gewidmet hat. Daher verwundert es auch nicht, daß ihr Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses, obwohl es doch mit der Ablehnung des Rechtsschutzanspruches seiner Basis beraubt worden war, dennoch bis heute als gültig angesehen wird[2]. Die Lehre verneinte eine Abhängigkeit dieses Begriffes von der Lehre vom Rechtsschutzanspruch[3], und so befaßten sich auch zahlreiche Autoren mit dem Rechtsschutzbedürfnis, ohne jedoch eine selbständige, gleich der Lehre vom Rechtsschutzanspruch umfassende, systematische Einordnung in das Prozeßrecht durchzuführen[4].

Allein Sauer[5] und Bley[6] veröffentlichten umfangreiche Versuche, die dem rechtlichen Interesse einen neuen Inhalt und Platz in der Prozeßrechtslehre geben sollten, in Wissenschaft und Rechtsprechung jedoch keinen Widerhall gefunden haben.

---

1 So z. B. Kohler aaO S. 229; Rosenberg aaO § 90 IV 3.

2 Eine gewichtige Ausnahme bildet allerdings die rechtliche Qualifizierung des Rechtsschutzbedürfnisses. Die h. L. nimmt hierzu mit Recht an, daß das Rechtsschutzbedürfnis eine Prozeßvoraussetzung i. S. einer Sachentscheidungsvoraussetzung ist, also Fragen der Zulässigkeit betrifft (vgl. z. B. RGZ Bd. 95 S. 273 und für viele Rosenberg aaO § 85 II 2 b, vgl. aber auch Nikisch, Zivilprozeßrecht § 56 II 5).
Wie stark aber die heutige Lehre noch von der materiell-rechtlichen Betrachtungsweise Wachs oder Hellwigs usw. beeinflußt ist, erweist sich, wenn man z. B. die Bemerkungen bei Stein-Jonas-Schönke (aaO IV vor 253) vergleicht. Die dortigen Formulierungen, wie z. B. „. . . mit jedem befriedigungsbedürftigen und nicht befriedigten Anspruch" ist „im Regelfalle schon die Grundlage eines Leistungsurteils gegeben" oder für die Unterlassungsklage „besteht das Rechtsschutzbedürfnis in der Gefahr künftiger Beeinträchtigung des Rechts" oder bei Gestaltungsklagen mache die vorausgesetzte Sachlage von selbst den Klageweg notwendig, gleichen den Formulierungen Hellwigs oder Steins in vollem Umfange.

3 Vgl. Kohler aaO; sicherlich zu Recht, es erscheint dabei nur fraglich, ob es nicht doch einer grundsätzlichen Neuorientierung des Rechtsschutzbedürfnisbegriffes bedurft hätte.

4 Weismann, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, I. Band, § 20 I, II, S. 66; ders., Hauptintervention und Streitgenossenschaft, § 21 III, IV, S. 85, wo er als erster feststellt, daß das Rechtsschutzbedürfnis sich weder unter die rein mat.-rechtl. Voraussetzungen des streitigen Privatrechts, noch unter die rein prozessualen Prozeßvoraussetzungen bringen lasse (vgl. auch Sauer aaO S. 530; Nikisch aaO)
Neuner, Privatrecht und Prozeßrecht.
H. Eckelmann, Begriff und Funktion des Institutes Rechtsschutzbedürfnis, entwickelt insbes. an den Klagen des Erkenntnisverfahrens, Dissertation Freiburg 1947.
Lent, Zivilprozeßrecht, Studienbuch § 36.
Baumbach-Lauterbach, ZPO, Grundz. § 253 Anm. 5 A, B.

5 aaO S. 524 ff. Die Theorie von Sauer kann hier nur angedeutet werden. Er unterscheidet zwischen Klage-(Verfolgungs-)Befugnis und Klage-(Verfolgungs-)Recht. Jenes liege vor, wenn die Verfolgung an sich zulässig sei, insbes. wenn die nach seiner Terminologie Sachgestaltungs-, Verfolgungs- und Verfahrensvoraussetzungen gegeben seien; dieses beziehe sich auf die Begründetheit der Klage. Sauer unterscheidet nun zwischen Interesse und berechtigtem Interesse. Das Interesse gehöre zum Klagrecht, nicht zur Klagebefugnis. Es bilde das Objekt für das prozeßrechtliche Werturteil über die Begründetheit, nicht werde ein bloßes Zulässigkeitsurteil gefällt (aaO S. 529). Ohne die Wahrnehmung berechtigter Interessen sei das Recht jedoch nur ein formelles, das nur nach dem Buchstaben, nicht nach dem Sinn des Gesetzes als Recht anzusehen sei. Fehle es somit an der Berechtigung des Interesses, so fehle es auch an einem Klagrecht, und das Klageverlangen sei dann unbegründet. Fehle es aber schon an einem Interesse überhaupt, so soll die Klage nach seiner Terminologie unwirksam (nicht unzulässig, vgl. aaO S. 526) sein. Die Grenze zwischen Interesse und berechtigtem Interesse müsse stets reinlich innegehalten werden. Zwar fehle es an einem Interesse schlechthin nie, soweit menschliches Wollen, das sei Interessenverfolgung, in Betracht komme, aber das rechtserhebliche (nicht zu verwechseln mit dem berechtigten Interesse) Interesse sei nur das auf die Prozeßentwicklung gerichtete Interesse. An einem so gearteten Interesse fehle es, wenn das Verhalten einer Partei Simulation oder Scherz erkennen lasse; solche Klagen seien schon unwirksam. Eine ganz andere Frage sei es, ob das auf Erreichung eines Prozeßzweckes schließen

II. Die Theorie von Schönke

In jüngster Zeit hat es Adolf Schönke[1] unternommen, den Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses neu zu bestimmen. Seine Untersuchungen sind nicht zuletzt deshalb einer besonderen Prüfung zu unterziehen, weil er als Bearbeiter eines Großkommentars zur Zivilprozeßordnung[2], in welchem er seine Gedanken einer weiten Praxis zugänglich machte, wie kein anderer Wissenschaftler die Rechtspraxis beeinflussen konnte.

Wenn Schönke seine Untersuchungen auch fast ausschließlich im Hinblick auf den Zivilprozeß entwickelte, so scheint uns dies dennoch unschädlich; denn einmal fehlt es an einer spezifisch konkursrechtlichen Erörterung des Rechtsschutzbedürfnisses überhaupt[3], zum andern wohnt dem Rechtsschutzbedürfnis in jedem staatlichen Rechtsschutzverfahren die gleiche Funktion inne. Eine allgemeine Forschung nach seinen Grundlagen mag sich daher ohne Schaden zunächst an zivilprozessualen Gesichtspunkten ausrichten. Die auf diese Weise gewonnenen grundlegenden Maßstäbe können nach ihrer allgemeinen Fixierung am konkreten Beispiel des Rechtsschutzverfahrenstypus Konkurs, insbesondere am Beispiel des Konkurseröffnungsverfahrens angewendet werden. Angesichts der Untersuchungen Schönkes ist zunächst zu fragen, ob er bereits jene grundlegenden Maßstäbe für die Begriffsbestimmung des Rechtsschutzbedürfnisses unantastbar in der Weise bestimmte, daß wir unmittelbar mit diesen Maßstäben die Probleme, die das Konkursrecht dem Rechtsschutzbedürfnis stellt, lösen können.

---

lassende Interesse im konkreten Fall vor dem rechtlichen Werturteil standhalte, d. h. berechtigt sei (vgl. aaO S. 529). Daran fehle es dann, wenn das Interesse schikanös ausgeübt werde oder wenn das Recht auf seiten des das gleiche Interesse betätigenden Gegners stehe oder wenn es eines Prozesses gar nicht bedürfe, weil der Kläger sich die Leistung selbst verschaffen könne oder wenn dem Kläger ein einfacherer, bequemerer Rechtsbehelf zu Gebote stehe (aaO S. 530). Nicht hierher gehöre aber der Fall, daß der Kläger in derselben Sache bereits ein rechtskräftiges Urteil erlangt habe. Hier könne der Kläger schon kein Interesse an dem nochmaligen Prozeß haben, seine Klage sei deshalb schon unwirksam und nicht erst unbegründet.

6 aaO. Im Rahmen einer grundsätzlichen Auseinandersetzung mit den Vertretern der abstrakten und konkreten Klagrechte (vgl. dazu zusammenfassend Groh, Der Anspruch auf Rechtspflege (Justizanspruch), ZZP 51. Bd. S. 173 ff) unternimmt es Bley, das rechtliche Interesse in einer vierfachen Beziehung nachzuweisen (vgl. aaO § 12 II 4—6, S. 92 ff):
In einer sachlichen Beziehung als das Interesse, einen bestimmten Anspruch zum Gegenstand eines Rechtsstreites zu machen, in persönlicher Hinsicht als das Interesse an der Parteistellung, in formaler Beziehung als das Interesse an der Verfahrensform, in modaler Beziehung als das Interesse an der Art der Geltendmachung. Wie vor ihm fast alle Autoren, sucht auch er den Zugang zum rechtlichen Interesse über ein irgendwie geartetes Klagrecht des Einzelnen. Für ihn ist das rechtliche Interesse neben einer vom Gesetz verliehenen Willensmacht Voraussetzung für die Anerkennung eines Klagrechts als subjektives Recht: „Was die Willensmacht zu einem subjektiven Recht erhebt, ist allein das rechtliche Interesse" (aaO § 5 VI S. 38 f).

1 Zunächst in der kürzer gehaltenen Darstellung: Das Rechtsschutzbedürfnis in Arch. Civ. Praxis Bd. 150 (1949), S. 216 ff, später grundlegend in seiner Monographie: Das Rechtsschutzbedürfnis.

2 Stein-Jonas-Schönke aaO Einleitung D; vgl. die gleichen Ausführungen in Schönke-Schröder-Niese, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, § 1 IV; in der Folge soll lediglich seine Monographie zitiert werden.

3 Schönke selbst widmet dem Rechtsschutzbedürfnis im Konkurs in seiner Monographie noch nicht einmal volle zwei Seiten (aaO S. 93 f)

1. Seine Definition des Rechtsschutzbedürfnisses

Schönkes Lehre gründet sich auf eine teleologische Betrachtungsweise[1]. Er sucht den Zweck des Zivilprozesses als Institution und findet ihn in der Bewährung des objektiven Rechts und in der Wahrung des Rechtsfriedens[2]. Im Vordergrund steht für ihn als notwendige Folge dieser Zweckbestimmung das Interesse der Allgemeinheit. Aus dem Vorrang dieses allgemeinen Interesses zieht Schönke den Schluß, daß der einzelne Zeit und Kräfte der staatlichen Gerichte „nur dann, aber auch immer dann und nur insoweit in Anspruch nehmen darf, wenn für ihn ein Bedürfnis nach Rechtsschutz besteht[3]". Aufgabe der zuständigen staatlichen Behörden sei es, nach pflichtgemäßem Ermessen die Existenz eines ausreichenden Interesses, eines Rechtsschutzbedürfnisses, nachzuprüfen. Nur dem, der dieses Interesse habe, gewähre der Staat seine Entscheidungs- und Zwangsgewalt. Schließlich solle es sich nach der individuellen Interessenanlage des Antragstellers richten, ob der Staat ein öffentliches Interesse an der Gewährung des Rechtsschutzes für gegeben ansieht.

Zusammenfassend anerkennt Schönke[4] — in näherer Konkretisierung dessen, was er unter dem ausreichenden öffentlichen Interesse versteht — jenes Interesse für alle Prozeßhandlungen[5], „die nach objektivem Urteil als auf die Erfüllung des Prozeßzweckes[6]", also auf die Bewährung des objektiven Rechts und die Wahrung und Herstellung des Rechtsfriedens „gerichtlich erscheinen[7]".

Diese kurze Zusammenfassung der Grundlagen des Begriffs des Rechtsschutzbedürfnisses bei Schönke zeigt, daß er seine gesamten Betrachtungen auf die These von der Vorrangstellung des Allgemeininteresses im Zivilprozeß stützt. Da er diesen Ausgangspunkt aus dem Zweck und aus den Aufgaben des Zivilprozesses herleitet, hat eine kritische Betrachtung zunächst zu prüfen, ob Schönke den Zweck des Zivilprozesses richtig und vor allem vollständig erfaßt hat. Selbst

---

1 Siehe hierzu aaO S. 11 f.

2 Schönke nimmt also wohl als erster von all denen, die das Rechtsschutzbedürfnis zu bestimmen versuchten, seinen Ausgang nicht in einem irgendwie gearteten Klagerecht, sei es ein konkretes Klagrecht, sei es ein abstraktes etwa i. S. v. Bley. Trotzdem unterscheidet sich sein Ausgangspunkt im Grunde nur unwesentlich von dem seiner Vorgänger, denn auch deren Betrachtungsweise war teleologisch (besonders deutlich bei Wach, ZZP 32, S. 5). Nur daß diese zunächst aus dem Zwecke des Prozesses — wie sie ihn unterschiedlich verstanden — ihr Klagrecht ableiteten und sodann das Rechtsschutzbedürfnis in Beziehung zu diesem setzten, während Schönke das erstere überspringt und das Rechtsschutzbedürfnis in eine direkte Abhängigkeit zum Zwecke des Prozesses setzt.

3 aaO S. 13 hierzu und für das folgende.

4 aaO S. 22.

5 Für Schönke ist das Rechtsschutzbedürfnis nicht nur Sachurteilsvoraussetzung, sondern eine „allgemeine Rechtsschutzgewährungsvoraussetzung", d. h. Voraussetzung für die Zulässigkeit aller Prozeßhandlungen einer Partei, die mittelbar oder unmittelbar dem Betriebe eines Zivilprozeßverfahrens dienen (aaO S. 13 f; s. auch Stein-Jonas-Schönke aaO Einl. D I 2). Vgl. hierzu unten S. 70 f.

6 Diese Formulierung deckt sich nahezu mit der von Sauer aaO S. 527 . . . sind solche Klagen . . . abzuweisen, „die nach objektivem Urteil auf ein den Zwecken des Prozesses widerstreitendes Interesse schließen lassen".

7 In der dieser Grundlegung folgenden Einzelfallbetrachtung trägt Schönke in großer Fülle all die Fälle zusammen, die nach seiner Ansicht nicht nach objektivem Urteil auf die Erfüllung des Prozeßzweckes gerichtet erscheinen. Es sind die Fälle, die wir oben (s. S. 8) bei der Skizzierung der Rechtsprechung und vielfach auch in den Anmerkungen zu den Lehrmeinungen erwähnt haben.

wenn man dies aber verneinen und neben der Bewährung des objektiven Rechts und der Wahrung und Herstellung des Rechtsfriedens ein zweites legitimes Schutzgut des Zivilprozesses, das nicht allgemeine, sondern individuelle, private Interessen zum Inhalt hat, anerkennen müßte, so ist doch eine kritische Auseinandersetzung mit den Thesen Schönkes fruchtbar. Die Erkenntnis eines weiteren Schutzgutes könnte zwar dazu führen, daß Schönkes Inhaltsbestimmung des Rechtsschutzbedürfnisses, da dessen Basis nunmehr zerstört wäre, abzulehnen ist; zugleich wäre jedoch ein neuer Anfang, der sich ebenso auf den Zweck und die Aufgaben des Zivilprozesses stützt oder daraus doch wenigstens wertvolle Schlüsse für die Bestimmung von Inhalt und Funktion des Rechtsschutzbedürfnisses herleitet, geschaffen. Auch wenn wir ferner feststellen müßten, daß sich aus dem Zweck und den Aufgaben des Zivilprozesses allein die allumfassende Formel, die Schönke in seiner Generalklausel von der „Erfüllung des Prozeßzwecks" nachgewiesen zu haben glaubte, nicht ergeben kann, selbst dann nicht, wenn wir seinen Ausgangspunkt korrigieren, so sind aus dem Zweck des Verfahrens die diesem innewohnenden Kräfte und Strömungen sehr wohl zu ersehen und aus der so gewonnenen Einsicht in die Absichten, die das Verfahrensrecht verwirklichen will, Regeln für die Ausgestaltung des Rechtsschutzbedürfnisses zu gewinnen.

Wir können uns also keinesfalls gegen das methodische Vorgehen Schönkes wenden, sondern allenfalls den konkreten Ansatzpunkt seiner Untersuchungen, seine Bestimmung des Prozeßzwecks korrigieren und allenfalls die Möglichkeit einer direkten Ableitung des Inhalts des Rechtsschutzbedürfnisses aus dem Wesen des Prozesses kritisieren. Die teleologische Methode soll nicht angetastet werden.

Man darf sie heute als ein für viele Rechtsgebiete[1], so auch für das Prozeßrecht[2] anzuerkennendes und anerkanntes Prinzip der juristischen Begriffsbildung betrachten. Es läßt sich nicht bestreiten, daß das Prozeßrecht zweckhaft sichtbare Ziele anstrebt; nur worin diese Ziele liegen, kann einer Auseinandersetzung bedürfen. Naturgemäß strahlt das noch zu bestimmende Wesen des Prozeßverfahrens auf jede Rechtsanwendung und Rechtsbildung in seinem Bereiche aus. Daher ist es auch unsere Auffassung, daß das Wissen um den Zweck des Prozesses alles Streben, den Begriff Rechtsschutzbedürfnis richtig zu fassen und den hinter der bloßen Bezeichnung versteckten Sinn herauszuarbeiten fördert und es in hohem Maße erleichtert, Inhalt und Zweck des Rechtsschutzbedürfnisses selbst zu bestimmen. Dies um so mehr, als das Rechtsschutzbedürfnis seinerseits eine Zweckschöpfung, das heißt das Ergebnis zweckgerichteter, praktischer Erfahrungen ist. Damit es nicht als Fremdkörper in unserem Prozeßrecht erscheint, hat sich das Rechtsschutzbedürfnis in die dem Prozeß innewohnende Zweckrichtung einzufügen.

---

1 Vgl. z. B. für das Verwaltungsrecht: Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I, § 9.
2 Vgl. Übersicht bei Hegler, Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozeßrechts in Festgabe für Heck, Rümelin und Schmidt, 1931, S. 233

2. *Der Zweck des Prozesses — zugleich eine Kritik der Auffassung Schönkes vom Zweck des Prozesses*

Welchen Zweck verfolgt nun der Prozeß als Institut?

Schönke selbst weist, während er zu begründen sucht, daß die Bewährung des Rechts und die Wahrung des Rechtsfriedens allein vom Zivilprozeß bezweckt seien, auf eine zweite Zweckrichtung des Zivilprozesses hin, auf die Wahrung und Durchsetzung subjektiver Rechte des Einzelnen. Er weist es jedoch zurück, den Schutz individueller Rechtsgüter als Zweck des Verfahrens anzuerkennen, denn es komme allein auf die Verwirklichung des objektiven Rechts an"; es sei gerade nicht der Zweck des Zivilprozesses, „dem einzelnen behilflich zu sein zur Ausübung und Durchsetzung seines Privatrechts[1]". Die Feststellung und Durchsetzung subjektiver Rechte anerkennt er lediglich insoweit, als dies eine Nebenfolge der mit der Prozeßinstitution bezweckten Bewährung des objektiven Rechts sei. Ähnlich ging bereits Bley vor. Er sah in der rechtsprechenden Tätigkeit des Staates eine Kulturaufgabe[2] und folgerte, indem er den Zweck des Zivilprozesses wie Schönke bestimmte, daß es dem Staat bei der Rechtsprechung allein um öffentliche Interessen gehe. Der Zivilprozeß müsse deshalb vor allem die Bewährung des objektiven Rechts im Einzelfall zum Ziele haben[3], erst in zweiter Linie sei der Rechtsschutz des einzelnen Rechtssubjektes Zweck des Zivilprozesses[4]. Diese einseitige Betrachtungsweise ist abzulehnen[5].

Aber zwingt uns nun unsere ablehnende Haltung, so werden wir fragen müssen, mit eben dieser doktrinären Einseitigkeit das Gegenteil als richtig anzunehmen, indem wir den Zweck des Prozesses ausschließlich aus der Sicht des Einzelnen bestimmen und als Zweck des Prozesses allein den Schutz der privaten Rechte des Einzelnen anerkennen. Tatsächlich kannte die Rechtslehre bis jüngst nur diese Antithese. Forscht man nach dem Ursprung dieser Tatsache, so zeigt sich, daß dieses „Entweder-Oder" in seiner krassen Gegensätzlichkeit stets das Spiegelbild wandelnder politischer Auffassungen war. Deshalb kann es nicht verwundern, daß dem ausgehenden letzten Jahrhundert oberstes Gebot war, die Rechte des Einzelnen zu festigen und zu schützen und seine Freiheit zu streiten, wie immer er wolle, zu wahren, auch wenn der Einzelne dabei staatliche Hilfe in Anspruch nehme; war doch das damals so verstandene „liberale" Gedankengut in der ursprünglichen Fassung der ZPO weitgehendst verwirklicht, war man doch, voll

---

1 aaO S. 11 mit Hinw. in N. 3.
2 aaO § 1 I S. 2; vgl. auch die dort in N. 2 angeführte Literatur.
3 aaO § 2 I S. 8.
4 aaO § 2 I-II S. 8 ff; so z. B. auch Sauer aaO § 3 III 1 b S. 44 u 28 I 2 S. 527 ff; vgl. auch Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozeß, S. 25; Kohler, Zivilprozeß und Konkursrecht in Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 3, S. 257; im Gegensatz hierzu vielfach die Vertreter konkreter Klagrechte, die ebenso einseitig das subjektive Recht des Einzelnen zum alleinigen Schutzgut des Prozesses erklären: vgl. z. B. Hellwig, Lehrbuch I aaO § 1 I S. 1; uneinheitlich Wach, vgl. Handbuch I aaO § 1 S. 1, III S. 8; ZZP 32. Bd. S. 25; ferner Weismann aaO §§ 2 ff, S. 2 ff; Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß, S. 8.
5 Vgl. hierzu z. B. Bernhardt, Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß in Festgabe für Rosenberg S. 9.

Mißtrauen gegenüber der Staatsgewalt, peinlichst auf deren Interessenlosigkeit[1] bedacht. Deshalb kann es auch nicht verwundern, daß die Stimmen, die einer solchen (individualistischen) Auffassung das Wort redeten, spätestens nach 1933 verstummten. Die Lehre war wiederum nahezu einhellig nach dem Gebot der Stunde vom Gegenteil überzeugt. Erstes Ziel des Prozesses war nunmehr, den an einer Stelle der Gemeinschaft in Unordnung geratenen Rechtsfrieden wieder herzustellen[2]. Die Sache des Einzelnen war zur Sache aller, des Staatsganzen, geworden. Kann die Ausschließlichkeit jener totalitären Epoche oder die Verkennung des liberalen Gedankens in der früheren Zeit heute noch, so muß man fragen, richtungsgebend sein? Gewiß nicht. Beide Auffassungen vom Zweck des Prozesses sollten in der dargetanen extremen Form der Vergangenheit angehören. Es ist nicht richtig, bei einer Untersuchung von Zweck und Aufgaben des Prozesses den Gedanken des Schutzes der privaten Rechtsgüter des Einzelnen wie Schönke außer acht zu lassen, einen Gedanken, den eine geschichtliche, rückblickende Betrachtung vom Werdegang unserer Rechtsschutzverfahren so klar erweist und der auch in der den Trägern dieser privaten Rechte von unseren Verfahrensordnungen zuerkannten Rechtsstellung deutlich zum Ausdruck gelangt. Unsere heutige Zeit denkt anders über den Wert und den Rang der Einzelpersönlichkeit in der Rechtsordnung.

Gegenstand der Verfahren, deren Zweck hier zu ergründen ist, sind private Rechte. Dies gilt für den Zivilprozeß und das Vollstreckungsverfahren, in gleicher Weise aber auch für das Konkursverfahren[3].

Das objektive Privatrecht verleiht dem Einzelnen Rechte und legt anderen Pflichten auf. Wenn diese Pflichten nicht freiwillig erfüllt werden, bedarf das Recht der Durchsetzbarkeit; ohne die Hilfe einer zwangsweisen Verwirklichung, ohne Erzwingbarkeit, kann das Recht nicht wertlos sein[4].

Jede Rechtsepoche kannte andere Zwangsmittel zur Befriedigung des Rechts. Das ursprüngliche, der primitiven Rechtsepoche allein bekannte Rechtsschutzmittel war die Selbsthilfe. Es war dem noch nicht in heutigem Sinne durchorganisierten und gefestigten Staate eigentümlich, dem Einzelnen freizustellen, ob er sein Recht selbst, notfalls mit Gewalt, suchen wolle. Das wachsende Wissen um die Unzulänglichkeit solchen Rechtsschutzes, um die Gefahr, daß Gewalt und Macht das Recht verdrängen und die in der Rechtsgeschichte bekannt gewordenen Störungen des Rechtsfriedens (Rache, Sippenfehde) führten dazu, daß die sich langsam bildenden Staatswesen die Selbsthilfe schrittweise in immer stärkerem Maße zurückdrängten. Am Ende dieser historischen Entwicklung steht das grundsätzliche Verbot der Selbsthilfe[5].

Dieses Verbot entzog aber dem Einzelnen die Möglichkeit, sein Recht selbst durchzusetzen. Eberhard Schmidt[6] zog hieraus die richtige Folgerung, wenn er

---

1 Vgl. Wach, Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung, S. 40.
2 So H. O. de Boor, Zur Reform des Zivilprozesses, S. 1 ff (3).
3 Dies ist wenigstens die Regel.
4 Vgl. hierzu Schönke-Schröder-Niese S. 3; Rosenberg aaO § 1 III 1 S. 2.
5 Vgl. im einzelnen Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, insbes. S. 321.
6 Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2. Aufl., 1951, § 37.

meint, daß der Staat mit gutem Gewissen die Selbsthilfe nur dann verbieten und dem Einzelnen den gänzlichen Verzicht auf Selbsthilfe nur dann aufnötigen dürfe, „wenn er von sich aus entschlossen und fähig ist, eine geordnete Gerichtshilfe an die Stelle der Selbsthilfe zu setzen[1]".

Dieser nur sehr kursorische, alle geschichtlichen Einzelheiten vernachlässigende Überblick mag hier genügen, denn er zeigt bereits bei aller Kürze, worauf es uns ankommt. Es ist die Erkenntnis, daß der Staat immer stärker sämtliche Rechtsschutzformen in seiner Hand vereinte und dadurch, daß er sich schließlich das alleinige Rechtsschutzmonopol vorbehielt, den Einzelnen zur Aufgabe seiner ursprünglichen Macht, sein Recht selbst zu verfolgen, zwang.

Es wäre nicht richtig, in dieser Rechtsentwicklung den Beweis dafür zu sehen, daß der Staat, nachdem er sich an die Stelle des Einzelnen gesetzt hat, nicht mehr die ursprünglich im Wege der Selbsthilfe allein verfolgten Ziele des privaten Rechtsschutzes anstrebe. Etwa deshalb, weil die Geschichte beweise, daß alle Entwicklung auf eine Konzentration der Machtmittel beim Staat tendiere und deshalb die gerichtlichen Verfahren allein oder doch vorwiegend der Festigung und Erhaltung allgemeiner Interessen diene. Die Zusammenballung jeglichen Rechtsschutzes bei den staatlichen Gerichten bedeutet vielmehr nur, daß sich die Instanz, welche zum Schutz des privaten Rechts befugt sein soll, änderte; sie bedeutet nicht, daß das Objekt, das des Schutzes bedarf, wechselte. Wie eh und je ist es noch heute das Recht des Einzelnen, das zu schützen ist.

Der Irrtum jener Ansicht, die den (später noch zu betrachtenden) gewiß begründeten überindividuellen Zielen eine ausschließliche Vorrangstellung einräumen will, liegt darin, daß sie einmal verkennt, daß das Recht des Einzelnen geschütztes Rechtsgut des Rechtsschutzes war und auch noch ist; ferner aber auch darin, daß sie übersieht, daß der Staat dem Einzelnen die Selbsthilfe als Rechtsschutzform nur nehmen konnte, weil er ihm, dem sonst Schutzlosen, zugleich als neues Rechtsschutzmittel die staatliche Hilfe zur Verfügung stellte. Es ist wohl richtig, aus der Rechtsentwicklung die Folgerung zu ziehen, daß der Staat mit dem Verbote der Selbsthilfe seine Pflicht begründete, dem nunmehr seines „Rechtsschutzes Bedürftigen" Rechtsschutz zu gewähren[2]. Der Staat verleiht also seinen Schutz nicht als Akt der Gnade[3], sondern im Bewußtsein seiner Pflicht, das Recht des Einzelnen schützen zu müssen.

Diese Wertungen drücken sich auch in unserer Rechtsordnung aus. Es ist nämlich durchaus nicht so, daß die einzelnen Verfahrensordnungen die Bedeutung der Rechtsstellung des Einzelnen leugneten. Mögen die einzelnen Verfahrenstypen auch eine mehr oder weniger stark ausgebildete Einschaltung des Staates in der Person des Richters bei der Verwirklichung des privaten Rechts vorsehen, so geschieht das staatliche Eingreifen tatsächlich stets nur auf die Initiative des privaten Rechtsträgers hin; er bringt den Zivilprozeß durch die Erhebung der Klage in Gang, nur auf seinen Antrag hin erfolgt eine Zwangsvollstreckung, und

---

1 Rosenberg aaO.
2 Siehe dazu unten S. 25 ff.
3 Vgl. z. B. Lent aaO § 1 II.

allein auf Antrag eines Gläubigers des nachmaligen Gemeinschuldners oder des letzteren selbst kann das Konkursverfahren eröffnet werden. Wie den hier interessierenden Verfahren in der Regel private Rechtsverhältnisse von weitgehend dispositivem Charakter zugrundeliegen, so überläßt es das Verfahrensrecht der Disposition der einzelnen Rechtsträger, ein gerichtliches Verfahren anzustrengen oder davon abzusehen. Und selbst dann, wenn das Rechtsschutzverfahren läuft, vermag der Einzelne jederzeit selbst zu bestimmen, mit welcher Entschiedenheit er es betreiben will. Es ist ihm anheimgestellt, ob er sich auf die Klage einlassen, ob er behaupten, bestreiten oder zugestehen will; er kann es jederzeit beenden, indem er etwa auf seinen prozessualen Anspruch verzichtet oder indem er anerkennt. Der Staat hat in solchen Fällen gar nicht die Möglichkeit, die Parteien zur Weiterführung des Verfahrens bis zur „gerichtlichen Entscheidung" zu zwingen, die nicht selten eine von der in jenem Klageverzicht oder Anerkenntnis zum Ausdruck gekommenen Ansicht der Parteien abweichenden Rechtslage offenbaren würde, obwohl im Einzelfall einmal ein besonderes Interesse der Allgemeinheit eine der wahren Rechtslage entsprechende Entscheidung verlangen könnte. Die einzelnen Verfahrensordnungen stellen grundsätzlich ein solches öffentliches Interesse, das zu einem staatlichen Eingreifen und zu einer Ausschaltung des Willens des Einzelnen führen könnte, bewußt zurück, indem sie es nicht für so wesentlich halten und überlassen dem Einzelnen — wenigstens insoweit — die Herrschaft des Verfahrens. Liberales Gedankengut ist also auch heute noch mächtig. Wir erkennen in all dem eine eindeutige Bewertung der Rechtsstellung des Einzelnen und gleichzeitig auch die Entscheidung des Gesetzes, daß das private Recht im gerichtlichen Verfahren einen gewichtigen Platz einnimmt. Müssen deshalb unter Umständen im Verfahren allgemeine öffentliche Interessen hinter individuellen Interessen zurückstehen, so darf auch gefolgert werden, daß jenes individuelle Interesse bei der Frage nach der Aufgabenstellung der gerichtlichen Verfahren keine untergeordnete Nebenbedeutung, sondern vielmehr eine bedeutende, zumindest den allgemeinen Interessen gleichrangige Bedeutung einnimmt.

Worin liegen nun aber die Gründe, die uns jene Auffassung, die das Wesen des Prozesses ausschließlich im Rechtsschutz des Einzelnen verstanden wissen will, ablehnen läßt? Kehren wir zurück zu unserem Ausgangspunkt. Jenes starre Entweder-Oder hat schon einen tiefen Riß, denn wir wissen nunmehr, daß es nicht Sinn und Zweck des Prozesses ist, allein überindividuelle Güter zu schützen.

Die vorstehenden Betrachtungen sehen die Rechtsschutzverfahren allein in dem Blickwinkel des privaten Rechts. Unter diesem Aspekt könnte die Stellung des einzelnen Rechtsschutzsuchenden im Verfahren leicht dahin verstanden werden, daß der Einzelne in gleichem Maße wie er Freiheit im privaten Rechtsverkehr genießt, auch bei der Durchsetzung dieser Rechte vor dem staatlichen Gerichte frei sei. In diesem Sinne hätte das Verbot der Selbsthilfe und die an deren Stelle tretende alleinige Rechtsschutztätigkeit des Staates nichts anderes bewirkt, als daß nunmehr die Selbsthilfe vor den Augen des Gerichts ausgeübt würde. Es hätte sich dann lediglich die Form geändert, die jetzt die Auseinandersetzung über

private Rechte zwischen den Parteien in eine gleichsam kultivierte Ebene wiese, in welcher die Selbsthilfe ausgeübt wird; an die Stelle des Mächtigeren würde nun der Schlauere oder Listigere treten. Bei solcher Auffassung vom Wesen der Rechtsschutzverfahren bliebe der Richter weitgehend passiv, das einzelne Verfahren diente allein den Parteien zur Verwirklichung ihrer Rechte. Dieser aus einem übertriebenen Individualismus geborenen Anschauung vom Wesen der Rechtsschutzverfahren, die den Rechtsschutz der staatlichen Gerichte allein als Schutz der individuellen Interessen sieht, ist man mit Recht entgegengetreten. Denn mit der Überführung des Rechtsschutzes auf den Staat als dessen Monopol und mit der Festigung der Staatswesen überhaupt und der Bildung von Rechtspflegekörpern ist neben den Gedanken vom Schutze der Rechte des Einzelnen durch staatliche Rechtspflege ein zweites Schutzgut entstanden. Es leuchtet ein, daß, der Staat, wenn er Rechtsschutz gewährt, nicht bloßer passiver Zuschauer widerstreitender, ihm eigentlicher fremder individueller Interessen sein kann. So entsteht die völlig richtige Ansicht, daß es dem Staat bei der Rechtsschutzgewährung — auch — um überindividuelle Interessen geht[1] [2].

Als jene allgemeinen Schutzgüter sind heute die von Schönke zitierte Bewährung des objektiven Privatrechts und Herstellung und Wahrung des Rechtsfriedens anerkannt. Zur Stützung dieser Auffassung sei hier nur auf die in der Novellengesetzgebung[3] immer stärker zum Ausdruck gekommene Aktivierung des Richters im Verfahren und damit auch auf das Vordringen einer die Interessen der Allgemeinheit hervorhebenden Anschauung verwiesen oder etwa an die Aufgabenstellung der Revisionsinstanz erinnert, die letztlich, indem sie ihre Prüfung auf die Verletzung des Gesetzes beschränkt (§ 550 ZPO), das objektive Recht fortzubilden und die Einheitlichkeit der Rechtssprechung zu gewährleisten hat (§ 137 GVG). Diese Instanz hat richtigerweise jene Funktion fast ausschließlich in einem der Allgemeinheit dienenden Interesse zu erfüllen, das in den Vorderinstanzen zur Entscheidung stehende Recht des Einzelnen tritt dabei fast völlig in den Hintergrund[4]. Wenn Schönke[5] also ausführt, es sei nicht Zweck des Zivilprozesses, „dem Einzelnen behilflich zu sein zur Ausübung und Durchsetzung seines Privatrechts", so fußt seine Ansicht wohl auf einem richtigen Grundgedanken. Sein Motiv, einem übersteigerten Individualismus entgegenzutreten, ist achtbar. In seinen Konsequenzen schießt er jedoch weit über das zulässige Ziel hinaus und fällt letztlich dadurch in die heute wohl überwundenen Anschauungen vieler Vorgänger zurück.

Dabei hat die Anerkennung jenes allgemeinen Schutzgedankens, die dieser ja auch bei uns findet, nicht im geringsten die von Schönke vorgenommene Bewertung zur Folge; denn es ist gleichwohl möglich, beide Schutzgüter als gleich-

---

1 Vgl. Schönke-Schröder-Niese aaO § 1 VI 2 S. 19 f mit Hinweisen.
2 Für viele Rosenberg aaO § 1 III 2 S. 2 f.
3 Vgl. insbes. die Novellen vom 1. 6. 1909 und vom 27. 10. 1933.
4 Schönke-Schröder-Niese aaO § 1 VI S. 16 f.
5 Und mit ihm die oben S. 15 N 4 zitierten.

wertig nebeneinander bestehend anzunehmen. Sie stehen weder in irgendeinem Rangverhältnis zueinander, ja sie bilden sogar eine untrennbare Einheit, die bei der Rechtsschutzgewährung besonders deutlich wird[1].

Das subjektive Recht des Einzelnen erwächst aus dem objektiven Recht. Es ist seine Verwirklichung im Einzelfall. Das objektive Recht vermag sich letztlich im Ernstfalle in der Rechtswirklichkeit erst dann zu bewähren, wenn dem subjektiven Recht Rechtsschutz erteilt wird. Dadurch daß das private Recht, dessen Inhaber, der Einzelne, gleichzeitig der Initiator der Rechtsschutzordnung ist, in dem jeweiligen Verfahren geschützt wird, findet zugleich auch die objektive Privatrechtsordnung in ihrer Gesamtheit Bewährung und Schutz. Beide Schutzgüter hängen also voneinander ab und bilden eine Synthese. In einer gedanklichen Entwicklung reiht sich an den Schutz des subjektiven Rechts die Bewährung des objektiven Rechts an. Erst durch die Wahrung und Verwirklichung des subjektiven Rechts im Einzelfall entfalten die abstrakten Normen des objektiven Rechts, indem sie nunmehr konkrete Anwendung finden, ihre Wirkung. Erst durch ihre Anwendung im Einzelfall wird die objektive Rechtsordnung bewährt; allein dadurch, daß der einzelne Rechtsträger Entscheidung über sein Recht begehrt, vermag der Rechtsfrieden gewahrt oder hergestellt zu werden.

Dieser grundsätzliche Interessengleichrang — wie er in den Regel-Verfahrenstypen der Rechtsschutzerteilung, dem Zivilprozeß und der Zwangsvollstreckung gilt — mag ausnahmsweise in besonderen Verfahrenstypen, wie etwa im Konkurs, zugunsten eines Vordringens der allgemeinen, überindividuellen Schutzgüter (so der Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens) durchbrochen werden. Doch beruht eine solche Sonderregelung stets auf einem von der Norm abweichenden Ausnahmetatbestand, auf einer notwendigerweise durch eine eigentümliche Gestaltung der Rechtswirklichkeit bedingten Interessengegensätzlichkeit, die den Gesetzgeber zu einer ausdrücklichen Durchbrechung unseres Grundsatzes und zur Einrichtung eines besonderen Verfahrens zwang. An dem Grundsatz selbst ändert sich deshalb nichts.

3. Folgerungen aus dem Zweck des Prozesses für den Inhalt des Rechtsschutzbedürfnisses — zugleich eine Kritik an den Folgerungen Schönkes

Schönkes These von dem alleinigen Vorrang des Allgemeininteresses ist also abzulehnen. Sein Ausgangspunkt bedarf, wollen wir in seiner teleologischen Betrachtungsweise fortfahren, der Korrektur. Wollen wir ihn korrigieren, so müßten wir an seiner Stelle unter Verwendung des Gewonnenen etwa folgendermaßen beginnen: Schutz der subjektiven Rechte des Einzelnen und dadurch auch Wahrung der Rechtsordnung und Herstellung und Erhaltung des Rechtsfriedens sind die Zwecke des Zivilprozesses. Der Einzelne darf daher ... Hier stockt bereits der Satz, denn es erscheint unmöglich, aus dem nunmehr als richtig erkannten

---

[1] Vgl. z. B. Bernhardt aaO.

Zweck des Rechtsschutzes eine genügende und umfassende Bestimmung des Rechtsschutzbedürfnisses zu gewinnen. Unseres Erachtens läßt sich das Rechtsschutzbedürfnis ohne Zwang nicht direkt aus dem Zwecke des Rechtsschutzes ableiten. Hinzu treten vielmehr noch andere Komponenten.

Wir verneinen also auch die zweite der oben gestellten Fragen, ohne jedoch — wie schon angedeutet — deshalb der teleologischen Methode an sich den Wert für unsere Untersuchungen abzusprechen. Uns erscheint nur eine gewaltsame unmittelbare Ableitung des Inhalts des Rechtsschutzbedürfnisses aus dem Zweck des Prozesses nicht geheuer. Auch Schönke vermochte seine teleologische Betrachtungsweise nicht überzeugend durchzuführen. Er war, da er sich an seine vorangestellten allgemeinen Thesen gebunden sah, zu der Folgerung gezwungen, der Einzelne dürfe die staatlichen Gerichte nur mit solchen Prozeßhandlungen in Anspruch nehmen, die nach objektivem Urteil als auf die Erfüllung des Prozeßzwecks gerichtet erscheinen[1]. Hiermit war jedoch — wie schon eine kurze Analyse beweisen kann — der Inhalt des von ihm selbst angenommenen Rechtsschutzbedürfnisbegriffes nicht erschöpft. Es wurde bereits von Pohle[2] darauf hingewiesen, daß eine strenge Beschränkung des Inhalts des Rechtsschutzbedürfnisses auf den Rechtsbewährungszweck[3] nur geringe Möglichkeiten zur Erfassung des Rechtsschutzbedürfnisses bietet[4]. In der Tat geben weitere, zu dem Gedanken der Wahrung des Prozeßzwecks hinzutretende Gesichtspunkte mit diesem zusammen die richtige Grundlage für die Inhaltsbestimmung des Rechtsschutzbedürfnisses. Die Lückenhaftigkeit der Theorie Schönkes erweist sich besonders in den Fällen, in denen dem Einzelnen Rechtsschutz nicht schlechthin wegen eines mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses versagt wird, sondern nur ein besonderer Verfahrenstypus nicht zur Verfügung stehen soll[5], während ihm andere Verfahrensarten durchaus offenstehen. Dies gilt vor allem dann, wenn bei der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses Abwägungen nach der Einfachheit, nach der Geeignetheit oder nach der Billigkeit einer bestimmten Verfahrensart oder auch nach der Zweckmäßigkeit unter prozeßökonomischen Gesichtspunkten getroffen werden. Gerade in diesen Fällen ließe sich kaum ein Mangel, der zur Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses führen könnte, darin erblicken, daß solche Rechtsschutzbegehren nicht auf die Erfüllung des Prozeßzweckes gerichtet erscheinen. Dies leuchtet ohne weiteres ein, wenn man folgendes bedenkt:

Der Zweck eines Verfahrens bezeichnet nur dessen Ziel. Aus einer teleologischen Betrachtungsweise läßt sich allenfalls der Schluß ziehen, daß derjenige, der Rechtsschutz begehrt, den Weg beschreiten muß, der zur Erfüllung des Prozeßzweckes, d. h. zu diesem Ziele führt. Stellen nun die Verfahrensordnungen mehrere solcher Wege zur Verfügung, so wird die Erreichung dieses Zieles um so eher

---

1 aaO S. 22.
2 Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, in Festschrift für Lent S. 195 ff.
3 Den Schönke schließlich im Laufe seiner Abhandlung stillschweigend als den eigentlichen Zweck des Zivilprozesses allein zugrunde legt.
4 Pohle aaO S. 199 ff.
5 Diese Fälle machen — wie bereits die Übersicht zur Rechtsprechung oben S. 8 N. 8 gezeigt hat — die Mehrzahl aller Fälle des Rechtsschutzbedürfnisses aus.

gewährleistet[1]; man kann sogar sagen, daß der Zweck des Rechtsschutzes, gleichgültig ob man ihn in der Bewährung der objektiven Rechtsordnung und in der Wahrung des Rechtsfriedens oder in unserem Sinne in einer Synthese von allgemeinen und individuellen Zwecken sieht, um so sicherer eintritt, je zahlreicher und vielfältiger die Wege und Möglichkeiten, diese Ziele zu erreichen, sind. Jede richterliche Entscheidung über ein Rechtsschutzbegehren, mag sie auf einem billigeren oder teuereren, dem besonderen oder allgemeinen, dem den Interessen des Rechtsschutzsuchenden mehr oder weniger angemessenen Rechtsschutzweg ergehen, dient in gleichem Maße der Erfüllung des Prozeßzwecks, wie immer man ihn auch definiert. Wenn Schönke also auch die Fälle erfassen wollte, in denen er das Rechtsschutzbedürfnis deshalb verneint, weil er eine Auswahl unter mehreren möglichen Wegen nicht anerkennt, vielmehr den Einzelnen zwingt, einen bestimmten Weg zu wählen, da dieser der billigere, einfachere oder aus sonstigen Gründen der geeignetere Weg sei, so hätte er, da diese Folgerung aus dem Rechtsbewährungszweck nicht abzuleiten ist, eine andere Bestimmung des Verfahrenszwecks finden müssen. Nicht die Bewährung des objektiven Rechts schlechthin wäre dann Verfahrenszweck, sondern die Bewährung des Rechts in einem ganz bestimmten (einfacheren, billigeren, geeigneteren etc.) Verfahren. Schönke hat nun aber richtigerweise letzteres selbst nicht zum Zweck des Prozesses erhoben, obgleich er dies eigentlich hätte tun müssen, da er[2] aus dem Prozeßzweck als Erfordernis des Rechtsschutzes auch ein prozessuales Interesse an der Rechtsbewährung gerade in dem begehrten Verfahrenswege ableitet.

In Wirklichkeit liegen mehrere Wertungen allen Erwägungen zum Rechtsschutzbedürfnis zugrunde. Es geht nicht nur darum, mit dem Rechtsschutzbedürfnis allein auf den Verfahrenszweck gerichtetes und diesem entsprechendes Prozedieren zu gewährleisten, wenngleich dieser Zweck — wie Schönke richtig sah — einen nicht unbedeutenden Platz bei der Inhaltsbestimmung des Rechtsschutzbedürfnisses einnimmt[3]. Es geht auch um eine zweckmäßigere, geeignetere und rationellere Verfahrensgestaltung, die nur insoweit mittelbar mit dem Verfahrensziel etwas zu tun hat, als durch zweckmäßigeres Prozedieren der Zweck des Verfahrens rascher erreicht wird. Unmittelbar wird jedoch in diesen Fallgruppen der Zweck des Prozesses nicht berührt. Und es geht schließlich auch darum, ein redliches Prozedieren zu gewährleisten. Schönke mag vielleicht das Bewußtsein der Unzulänglichkeit seiner ursprünglich wohl als umfassend gedachten generellen Formel von der Erfüllung des Prozeßzwecks bewogen haben, seinen weiteren Ausführungen als (neuen) Maßstab das Erfordernis der Schutzwürdigkeit hinzuzufügen[4]. Betrachtet man die angeführten Beispiele[5], so wird deutlich, daß dies ein ganz neuer Gedanke ist, woran sich auch nichts dadurch ändert, daß Schönke zu Beginn der dortigen Ausführungen

---

1 So auch Pohle aaO S. 202.
2 aaO S. 24.
3 Dies gilt insbesondere für den Konkurs.
4 aaO S. 33.
5 aaO.

vorsorglich einfügt, Maßstab für die Schutzwürdigkeit sei der Zweck des Prozesses. Er bringt als Fälle der Schutzunwürdigkeit unter anderem die mutwillig eingeleitete Prozeßhandlung, wie etwa die Klage, die ohne jeden Beweisantritt erhoben worden ist oder das pfennigweise Einklagen einer Schuld oder die Erhebung mehrerer Teilklagen, um die Zuständigkeit des Amtsgerichts zu begründen als Beispiele der Verfolgung prozeßfremder Zwecke[1]. Vor allem am letzten Fall erweist sich, was bereits angedeutet wurde. Hier wird die Zulässigkeit eines Rechtsschutzbegehrens nicht mehr am Rechtsbewährungszweck ausgerichtet, denn es ist nicht ersichtlich, weshalb eine solchermaßen erhobene Klage nicht auch auf den Prozeßzweck gerichtet erscheint, d. h. nach Schönke nicht auch der Rechtsbewährung dient. Der wahre Grund für die Annahme der Unzulässigkeit in all diesen Fällen liegt vielmehr darin, daß man behauptet, es könne einem Gericht billigerweise nicht zugemutet werden, wegen eines solch gering zu schätzenden Interesses seine Kräfte anzustrengen. Ein im Interesse der Rechtssicherheit sicherlich sehr gefährlicher Standpunkt, wenn in ihm auch der richtige Gedanke zum Ausdruck kommt. Es ist der Gedanke, daß niemand ein ihm zustehendes Recht mißbrauchen darf[2]. Das Verbot der Rechtsmißbräuchlichkeit steht aber in keiner Beziehung zu dem insoweit wertneutralen Rechtsbewährungszweck. Ob ein Rechtsschutzbegehren schutzwürdig ist oder unlautere Zwecke verfolgt, bestimmt sich vielmehr nach anderen Wertungen, die mit fortschreitender Erörterung noch plastischer hervortreten werden.

Wenn wir aber auch die Deutung ablehnen, die Schönke dem Rechtsschutzbedürfnis gab, so anerkennen wir doch den Wert, den seine Anregungen für jede künftige Begriffsbestimmung des Rechtsschutzbedürfnisses darstellen. Wenn sich auch vom Zwecke des Rechtsschutzes der Inhalt des Rechtsschutzbedürfnisses unmittelbar nicht bestimmen läßt, so hat er sich doch nach den aus dem Wesen des Rechtsschutzes sichtbar gewordenen Grenzen auszurichten. Diesen Aspekt aufgezeigt zu haben ist das Verdienst Schönkes. Als Richtlinien für die Ausgestaltung des Rechtsschutzbedürfnisbegriffes mögen unsere gewonnenen Einsichten in das Wesen des Rechtsschutzes gelten. Es wird sich erweisen, daß auch das Wesen des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses allein aus dem uns bereits bekannten Gegeneinander und Miteinander von individuellen Momenten richtig zu verstehen ist.

---

1 aaO S. 35 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

2 Gerade solche Überlegungen sind vielfach zur Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses herangezogen worden, vgl. die oben S. 8 wiedergegebenen Formulierungen des RG „unlautere Zwecke", „rechtsmißbräuchlich", (insbes. RGZ Bd. 155 S. 75; 146 S. 395); auch das Wort „schutzwürdig" selbst taucht auf (z. B. RGZ Bd. 88 S. 267).

I. Ausgangspunkt

Den Ausgangspunkt für eine neue grundsätzliche Fixierung des Rechtsschutzbedürfnisses finden wir, wenn wir zuerst die Frage stellen, welche Rechtsfolgen mit diesem Rechtsinstitut erstrebt werden.

Es ist heute allgemein herrschende Meinung, daß eine Rechtsschutzbitte bei Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig ist. Das Rechtsschutzbedürfnis wird als Voraussetzung einer sachlichen Entscheidung über eine Klage, also eine sog. Prozeßvoraussetzung im Sinne einer allgemeinen Sachurteilsvoraussetzung besonderer Art angesehen[1].

Dies bedeutet, daß das Gericht eine sachliche Nachprüfung und Entscheidung des Rechtsschutzbegehrens unterläßt, ja sogar unterlassen muß, wenn es das Fehlen eines Rechtsschutzbedürfnisses für das Begehren annimmt. Das Gericht begründet die Unzulässigkeit der Klage in der Regel damit, daß es das Begehren des Antragstellers aus irgendwelchen Gründen nicht für rechtsschutzwürdig halte und das Begehren deshalb auch nicht des Rechtsschutzes bedürftig sei. Das eigentliche Begehren des Klägers, seine „Sache", prüft das Gericht gar nicht nach, sondern es weist es a limine von sich. In seiner Konsequenz bedeutet dies, daß der Staat in einem bestimmten Fall demjenigen, der bei ihm um rechtlichen Schutz für seine Sache nachsucht, diesen Schutz verwehrt, indem er die Sache, ohne sie gehört oder — was dasselbe ist — ohne das Gehörte einer näheren sachlichen Prüfung und Würdigung unterzogen zu haben, von vornherein von sich weist.

Diese dem Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses innewohnende Folge führt uns wieder zu dem bereits bei der Darstellung der geschützten Rechtsgüter des Prozesses aufgezeigten Gegeneinander der Rechte des Einzelnen und der Belange der Allgemeinheit zurück.

Das Rechtsschutzbedürfnis ist nichts anderes als die Konkretisierung jenes von vielen zum Prozeßzweck erhobenen Allgemeininteresses. Zum Schutze überindividueller Rechtsgüter soll stets dann, wenn der Staat ein öffentliches Interesse an der Rechtsschutzgewährung im Einzelfall nicht für gegeben hält[2], dem Bürger die Inanspruchnahme des gerichtlichen Rechtsschutzes für seine „Sache" unmöglich sein, stets dann soll seine „Sache" nicht einmal angehört werden dürfen.

Wollte man der Auffassung Schönkes folgen, so ergäben sich auch für uns kaum grundsätzliche Bedenken an der Zulässigkeit eines solch umfassenden

---

[1] Vgl. zur Rspr. oben S. 8, aber auch RGZ Bd. 158 S. 152; zum Schrifttum oben S. 6; insbes. Lent aaO § 33 IV 3, § 36; Rosenberg aaO § 89 II 3; aA: heute noch Schönke aaO, siehe S. 13 N. 5; auch Nikisch aaO § 56 II 5, der das Rechtsschutzbedürfnis nicht zu den Prozeßvoraussetzungen zählt und es nach diesen prüft, bei dessen Fehlen jedoch eine Klage gleichwohl als unzulässig abweist, eine Entscheidung über das Rechtsschutzbedürfnis aber nur dann für nötig erachtet, wenn die Klage nicht ohnehin schon als unbegründet abzuweisen ist.

[2] So Schönke aaO S. 13.

staatlichen Korrektivs in unserem Rechtsschutzsystem. Indessen sind aber nach unserer heutigen Anschauung vom Wesen und Zweck des Rechtsschutzes nicht minder die Interessen des Einzelnen am Rechtsschutz in diesem lebendig. Wie schon dargelegt wurde und im folgenden noch deutlicher — gerade unter dem Aspekt staatlicher Eingriffsmöglichkeiten in diese geschützte Interessensphäre des Einzelnen — aufgezeigt werden soll, sind eben jene Rechte des Einzelnen ein mächtiger Faktor in unserem Rechtsschutzsystem. Wenn bislang also jede Definition des Rechtsschutzbedürfnisses stillschweigend oder — wie bei Schönke — sogar ausdrücklich von der Vorrangstellung des Allgemeininteresses und damit von einer im Prinzip nahezu uneingeschränkten Eingriffsmöglichkeit des Staates im öffentlichen Interesse ausging, so kann heute, nachdem dieser grundsätzliche Irrtum beiseite geräumt ist, jede Begriffs- und Inhaltbestimmung des Rechtsschutzbedürfnisses nur auf einer Auseinandersetzung mit beiden Interessensphären aufbauen. Nicht mehr allein das öffentliche Interesse bestimmt, ob jemandens „Sache" gehört werden oder a limine abgewiesen werden darf. Es ist vielmehr die Rechtsstellung des Einzelnen zu berücksichtigen und zu fragen, ob der Staat jene öffentlichen Rücksichten angesichts der Rechte des Einzelnen überhaupt für erheblich halten darf. Es bedarf jeweils der Abwägung beider Interessensphären gegeneinander und allein das Ergebnis dieser Abwägung vermittelt eine legitime Anwendung des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses.
Das öffentliche Interesse findet seine Schranken in den Rechten des Einzelnen, wie diese ihre Schranken in jenem finden.
Dies ist ein gegenüber der Lehre Schönkes völlig anders gearteter Ausgangspunkt, der sich, wenn wir nun im folgenden versuchen wollen, die Rechtsstellung des Einzelnen in unserem Rechtsschutzsystem näher zu deuten, weiter noch zu Lasten des scheinbar vorherrschenden Allgemeininteresses verschieben wird.

II. Die Rechtsstellung des Einzelnen im Rechtsschutz — sein Anspruch auf Justizgewährung

1. Wir haben bereits festgestellt, daß der Staat, als er die private Selbsthilfe verbot und seine Gerichte als die allein für den Rechtsschutz zuständigen Organe vorschrieb, nicht nur ein Recht für sich in Anspruch nahm, sondern sich dadurch auch verpflichtete, dem Einzelnen für seine Rechte lückenlosen Rechtsschutz zu gewähren.
   Diese Pflicht obliegt dem Staat nicht nur um des Staates willen, sondern auch der Rechte des Einzelnen wegen.
2. Eine neuere Auffassung[1] hat der aus dem staatlichen Entscheidungsmonopol

---

1 Baur, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, Arch. Civ. Praxis Bd. 153 (1952) S. 393 ff (396 ff); ders., Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, S. 25; siehe auch bei Groh, der Anspruch auf Rechtspflege (Justizanspruch), ZZP Bd. 51 S. 145; Sax, Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allgemeinen Prozeßrechtslehre, ZZP Bd. 67, S. 21 ff; Rosenberg aaO § 2 II 3; Schönke-Schröder-Niese aaO § 1 III; Nikisch aaO § 2 V; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO und zum GVG Teil I, S. 28; vgl. noch James Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 78, 138. 263; Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen S. 24, 59 ff.

gewonnenen Justizgewährungspflicht des Staates das (entsprechende) subjektive Recht des einzelnen diesem Monopol Unterworfenen auf Justizgewährung gegenübergestellt. Dieser Lehre können wir uneingeschränkt folgen, denn sie allein wird der Stellung des Einzelnen gegenüber der Gerichtsbarkeit im Rechtsstaate gerecht.

a) Zunächst gilt es aber den etwaigen Irrtum auszuschließen, daß dieser Justizgewährungsanspruch identisch sei mit dem eingangs erwähnten Rechtsschutzanspruch.

Jener Rechtsschutzanspruch gründete in demjenigen materiellen Recht selbst, um dessen Bewährung es im Verfahren geht. Er wurde als ein dem materiellen Recht immanenter Anspruch gegen den Staat von seinen Verfechtern konstruiert und sollte demnach als auf Erlaß einer dem materiellen Recht entsprechenden günstigen Sachentscheidungen gerichtet verstanden werden.

Der Justizgewährungsanspruch ist auch nicht im Sinne der Terminologie der Lehre vom materiellen Justizrecht von Goldschmidt „das bürgerliche Recht selbst, aber öffentlich-rechtlich umgedacht als Inbegriff von Rechtsregeln für das Verhältnis des Individuums zum rechtsschutzpflichtigen Staat[1]", also nicht das subjektive Privatrecht in seiner prozessualen Richtung gegen den Staat.

Es ist vielmehr die Gegenseite der staatlichen Rechtspflicht zur Justizgewährung[2].

b) Der Justizgewährungsanspruch gehört dem öffentlichen Recht an. Den öffentlich-rechtlichen Charakter des Rechtsverhältnisses zwischen Einzelnem und rechtssprechendem Staat zum erstenmal (für das materielle Justizrecht) erkannt zu haben ist das Verdienst Goldschmidts[3]. Wenn Goldschmidt jedoch noch für eine prozessuale Betrachtungsweise einen Anspruch auf Justizgewährung ablehnte und lediglich eine Aussicht auf Gehör[4] anerkannte, einen Anspruch auf Justizgewährung aber dem Staatsrecht zuwies, so ist zwar letzteres auch heute noch richtig, es zwingt uns jedoch nicht, auch in der heutigen Zeit die von Goldschmidt einst noch für notwendig erachtete Folgerung als gültig anzuerkennen. Das Verfassungsrecht stellt nach unserer heutigen Auffassung in aller Regel nicht nur Programmsätze auf, deren Verbindlichkeit lediglich in einem Auftrag an den Gesetzgeber besteht, sondern Rechtssätze, die unmittelbare Geltung und rechtliche Wirkung für unsere gesamte Rechtsordnung entfalten. So gestaltete unser heutiges Verfassungsrecht auch in der richtigen Erkenntnis, daß die fundamentale Frage des Rechtsschutzes der verfassungsrechtlichen Regelung wert ist und dem Verfassungsrecht angehört, das Recht des Ein-

---

[1] S. o. S. 10 N. 1.
[2] Vgl. Sax aaO S. 48 f.
[3] aaO S. 263, wo Goldschmidt von der zivilistischen Betrachtungsweise der Anhänger der Lehre vom Rechtsschutzanspruch abkehrt; siehe auch Niese aaO S. 60.
[4] aaO; vgl. dazu Baur aaO S. 400.

zelnen auf Justizgewährung als einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch, als subjektives Recht des Einzelnen und nicht nur als bloße Aussicht auf Gehör aus.

Als diejenige Verfassungsnorm, die dem Rechtsschutzsuchenden dieses Recht verleiht, muß heute Art. 103 Abs. 1 GG gelten. Baur[1] hat diesen Sinngehalt des Art. 103 Abs. 1 GG, der jedermann einen Anspruch auf rechtliches Gehör vor Gericht gibt, zuerst gesehen und damit der Lehre vom Justizgewährungsanspruch die entscheidende Stütze gegeben. Baur wies nach, daß der Einzelne den Staat zur Erfüllung seiner Justizgewährungspflicht zwingen kann, indem er aufzeigte, daß es eine Sanktion bei Verletzung des Rechts auf Justizgewährung gibt und diese Sanktion in die Hände des Bundesverfassungsgerichts gelegt ist. Damit ist Baur die entscheidende Begründung der Durchsetzbarkeit dieses Rechts gelungen. Wir sind nicht mehr gezwungen, die Durchsetzbarkeit des Justizgewährungsanspruches mit den unzulänglichen und unmaßgeblichen Möglichkeiten der Strafanzeige wegen Rechtsbeugung, wenn ein Gericht die Erfüllung seiner Justizgewährungspflicht verweigern sollte oder einer ohnehin bedenklichen Dienstaufsichtsbeschwerde an die Justizverwaltung oder ähnlichem zu begründen, wobei wir uns klar sein müßten darüber, daß mit solchen Möglichkeiten noch nichts für die Durchsetzbarkeit des Justizgewährungsanspruches gesagt wäre. Nunmehr jedoch wird sie durch die Sanktionsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts begründet, das berufen ist, auf die Verfassungsbeschwerde des Betroffenen[2] hin den Staat anzuhalten, seiner Justizgewährungspflicht nachzukommen. Ist aber der Justizgewährungsanspruch als subjektiv-öffentliches Recht im Sinne eines gerichtlich verfolgbaren Anspruches auf Gewährung von Rechtsschutz erkannt, so ist damit auch der Meinung Goldschmidts, für eine prozessuale Betrachtungsweise gebe es keinen Anspruch, sondern lediglich eine Aussicht auf Gehör, begegnet. Denn wenn dieses Recht vor einem Gericht verfolgt und durchgesetzt werden kann, so ist es, obgleich dem Staatsrecht angehörend, wie Baur[3] mit Recht bemerkt, „in das System des rechtsstaatlichen Rechtsschutzes einbezogen und damit — allerdings auf einer höheren Ebene — wieder zu einer Kategorie des Verfahrensrechts geworden".

In jüngster Zeit wendet sich Habscheid[4] wieder dagegen, in dem öffentlich-rechtlichen Justizgewährungsanspruch ein subjektives Recht des Einzelnen im Sinne eines gerichtlich verfolgbaren Anspruchs zu sehen. Er ist der Auffassung, das in den Prozeßgesetzen festgelegte objektive Recht vermöge dem Einzelnen bloß eine günstige Rechtslage im Sinne eines Rechtsreflexes des objektiven Rechts zu geben. Erst bei einer unter Verletzung des in Art. 3 GG niedergelegten Grundrechts auf Gleichheit er-

---

1 aaO, insbes. S. 397 f.
2 §§ 90 ff BVerfGG.
3 aaO S. 400.
4 Der Anspruch auf Rechtspflege, ZZP 67. Bd. S. 188 ff, insbes. S. 198.

folgten Justizverweigerung könne dem Staatsbürger ein subjektives Recht im Sinne eines gerichtlich verfolgbaren Anspruches auf Rechtsschutzgewährung gegen den Staat erwachsen.

Diese Auffassung überzeugt nicht, denn es spricht nicht gegen die Rechtsnatur des Justizgewährungsanspruches, d. h. gegen die Annahme eines in der Bestimmung des Art. 103 Abs. 1 GG gründenden subjektiven Rechts des Einzelnen gegen den Staat, daß § 90 BVerfGG die Verletzung des Rechts zur Voraussetzung seiner gerichtlichen Geltendmachung erhebt. Diese Voraussetzung des § 90 BVerfGG gilt für sämtliche im Grundrechtskatalog des Grundgesetzes enthaltenen Freiheits- und Abwehrrechte des Einzelnen in gleichem Maße, und niemand könnte deshalb an deren von vornherein gegebenen Rechtsnatur zweifeln, weil die Rechtsordnung eine Sanktion von einer Beeinträchtigung abhängig macht[1]. Was für diese im Grundrechtskatalog aufgeführten Grundrechte gilt, gilt auch für das in Art. 103 Abs. 1 GG normierte Recht des Einzelnen auf Rechtsschutzgewährung.

Es ist überhaupt kein entscheidendes Argument für oder gegen die Existenz eines subjektiven Rechts, daß an die gerichtliche Geltendmachung die Beeinträchtigung des Rechts als Vorbedingung geknüpft ist. Insoweit erscheint die Auffassung Habscheids als nicht schlüssig. Stets bedarf es auch eines bestehenden Rechtes, damit ein solches überhaupt beeinträchtigt werden kann. Die Beeinträchtigung selbst ist nicht rechtserzeugend.

c) Zumindest ebenso wichtig wie die Frage nach der Rechtsnatur des Justizgewährungsanspruches ist für unsere Arbeit die Frage nach seinem Inhalt. Wir haben seinen Inhalt bereits dahin umrissen, daß er die Gegenseite der staatlichen Rechtspflicht zur Justizgewährung ist.

Art. 103 Abs. 1 GG selbst enthält nur den Satz, daß vor Gericht jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör hat. Ganz allgemein kann man daraus zunächst schließen, daß jedermann ein Tätigwerden der Gerichte überhaupt fordern kann. Jedoch bedarf es einer weiteren inhaltlichen Konkretisierung dieses Rechts. Näheren Aufschluß über diesen Inhalt bringt ein Vergleich des Art. 103 Abs. 1 GG mit Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 10. 1950[2].

Art. 6 Abs. 1 der Konvention lautet: „Jedermann hat Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat. . . ."

In dieser Vorschrift, die ganz offensichtlich die gleichen Ziele verfolgt wie Art. 103 Abs. 1 GG, wird nicht nur die grundlegende Bedeutung dieses

---

1 Vgl. auch Schönke-Schröder-Niese § 1 IV 1 aE.
2 Der der Bundestag zugestimmt hat, Bundesgesetzblatt 1952, S. 685.

Rechts des Einzelnen auf Rechtsschutz im Rechtsstaat[1] offenbar, sondern nunmehr auch, welche Pflichten dieses Recht dem Staat auferlegt.

Es ist dem Staat unter anderem zum Schutze der Rechte des Einzelnen zur Pflicht gemacht, persönlich und sachlich unabhängige Gerichte einzurichten und den Zugang zu diesen Gerichten in einem geregelten Verfahren jedem Rechtsschutzsuchenden offen zu halten[2]. Den Gerichten ist die Pflicht auferlegt, die Rechtsschutzbegehren der Bürger, deren „Sache", nach dem objektiven Recht, nach dem materiellen Recht und nach dem formellen Verfahrensrecht zu prüfen und zu entscheiden[3], den Begehren der Einzelnen also Rechtsschutz erteilen.

In letzterem ist die für unsere Untersuchungen wichtigste Erkenntnis bereits ausgedrückt: Die Sache des Einzelnen, sein Anspruch oder die Verpflichtung des anderen ist zu prüfen und abzuwägen, will das Gericht nicht das Verbot der Justizverweigerung mißachten; diese Pflicht zur Entscheidung über die Sache obliegt den staatlichen Gerichten um des Schutzes der Rechte des Einzelnen willen, die Gewährung von Rechtsschutz ist verfassungsrechtliche Pflicht der Gerichte.

III. Das Wesen des Rechtsschutzbedürfnisbegriffes

1. Die Kenntnis dieses Inhalts des Rechtsschutzgewährungsanspruches vermittelt uns alsbald greifbare Anhaltspunkte für unsere Auseinandersetzung mit den Rechten des Einzelnen und den Allgemeininteressen, nunmehr in der Beziehung von Justizgewährungsanspruch und der damit korrespondierenden Rechtsschutzerteilungspflicht des Staates unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses. Diese Beziehung wird vollends klar, wenn man sich wieder den bereits angedeuteten Zweck jeder Rechtsschutzbedürfnisprüfung vergegenwärtigt.

Ist es nicht gerade das Bestreben jeder Rechtsschutzbedürfnisprüfung, die Entscheidungspflicht des Staates, zu deren Erfüllung — wie wir gesehen haben — gehört, daß des Rechtsschutzsuchenden „Sache" angehört, einer näheren Prüfung unterzogen und entschieden wird, zu verneinen oder einzuschränken? Gewiß hat die Entscheidungspflicht des Staates nicht zum Inhalt, daß in jedem Falle einer Sachentscheidung zu fällen ist, und insoweit ist auch von der Rechtsfolge einer verneinenden Rechtsschutzbedürfnisprüfung her kein Bedenken gegen ihre Zulässigkeit anzumelden. An der Zulässigkeit einer Prozeßabweisung, etwa wegen fehlender Zuständigkeit des angegangenen Gerichts, ist nicht zu zweifeln. Wenn aber eine Rechtsschutzbitte wegen Fehlens eines Rechtsschutzbedürfnisses a limine abgewiesen wird, so geschieht dies, obgleich sämtliche (übrigen) sog. Prozeßvoraussetzungen (Sachurteilsvoraussetzungen)

---

1 Vgl. auch die Ziff. 10 der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte v. 10. 12. 1948.
2 Vgl. Baur aaO S. 398.
3 Siehe z. B. auch Rosenberg aaO § 2 II 3 a.

gegeben sind[1]. Nur deshalb, weil man darüber hinaus ein an einem öffentlichen Interesse objektiv orientiertes ausreichendes und schutzwürdiges Interesse des Rechtsschutzsuchenden nicht bejahen will, glaubt man, die Anhörung und Entscheidung der Sache selbst ablehnen zu dürfen. Eine solchermaßen erfolgte Prozeßabweisung eines Rechtsschutzbegehrens berührt das Verhältnis des Einzelnen zum rechtsschutzgewährenden Staat, das Recht auf Rechtsschutzgewährung und die Pflicht zur Entscheidung unmittelbar. Eine Prozeßabweisung mit der Begründung, der Kläger habe zwar sein Begehren vor das zuständige Gericht gebracht, auch sei der Rechtsweg zulässig usf., seinem Antrag sei jedoch aus Gründen des Allgemeininteresses die Schutzwürdigkeit abzusprechen, da er des Rechtsschutzes nicht bedürfe, bedeutet eben schon rein qualitativ einen von der sonstigen Prozeßabweisung, etwa wegen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts, verschiedenen Einbruch in die Rechtsstellung des Einzelnen[1]. Hier wird, anders als bei den sonstigen Prozeßabweisungen, das Rangverhältnis von Individual- und Allgemeininteressen oder das Verhältnis des einzelnen Rechtsschutzsuchenden zum rechtsschutzpflichtigen Staat direkt angesprochen und aus öffentlichen Rücksichten dem Allgemeininteresse ein solch großer Vorrang eingeräumt, daß man sogar im konkreten Fall eine Rechtsschutzerteilungspflicht des Staates verneinen zu können glaubt.

Man kann gegen unsere Argumentation, daß die Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses die Rechtsschutzerteilungspflicht des Staates tangiere, nicht etwa einwenden, daß das Gericht ja auch dann, wenn es das Rechtsschutzbegehren wegen Fehlens eines Rechtsschutzbedürfnisses abweise, in der gebotenen Form „entscheide". Dieser Einwand wäre insofern unrichtig vorgebracht, als es nicht ausgeschlossen ist, daß ein Gericht eine Entscheidung in der herkömmlichen Form der Urteils oder des Beschlusses trifft, trotzdem aber in Wahrheit dem Einzelnen Rechtsschutz nicht zuteil werden läßt. Nicht die äußere Hülle, in welche die Antwort eines Gerichts auf die Bitte eines Rechtsschutzsuchenden gekleidet ist, ist maßgeblich dafür, ob tatsächlich das Gericht seiner Entscheidungspflicht Genüge getan hat, sondern allein die diese Entscheidung tragenden Gründe. Eine Entscheidung aber, die sich allein mit Fragen des Rechtsschutzbedürfnisses auseinandersetzt, dringt nicht bis in den Bereich der Rechtsschutzgewährung vor, sondern verbleibt im Vorfeld der Rechtsschutzgewährung bei der Frage, ob Rechtsschutz zu gewähren ist oder nicht.

Es geht uns in diesem Zusammenhange lediglich um diese Feststellung. Ob

---

1 Vgl. über die Reihenfolge der Prüfung der Sachurteilsvoraussetzungen z. B. Rosenberg aaO § 89 IV 5; Nikisch aaO § 56 II 5; Stein-Jonas-Schönke aaO § 274 II 3; Pohle aaO S. 207 f.

2 Insoweit hebt sich das Rechtsschutzbedürfniserfordernis von den sonstigen Prozeßvoraussetzungen ab, und es werden die immer wieder vorgebrachten Bedenken gegen die Einordnung des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses unter jene verständlich, vgl. z. B. A. Hegler in Festschrift für Heck, Rümelin und Schmidt, S. 243: „Nicht kann u. E. das Rechtsschutzinteresse zu den Prozeßvoraussetzungen gerechnet werden, wie dies zuweilen geschieht: die Entscheidung, welche z. B. das Feststellungsinteresse im Falle des § 256 ZPO verneint, hat zweifellos mehr ‚Gehalt', größere Tragweite als eine Klagabweisung wegen bloßer Unzuständigkeit oder nur wegen Prozeßunfähigkeit des Klägers."

ein solches Verfahren der Gerichte rechtmäßig ist, ist eine andere, später zu erörternde Frage.

2. Ist nunmehr festgestellt, daß die Rechtsschutzbedürfnisprüfung das verfassungsrechtlich garantierte Recht des Einzelnen auf Justizgewährung berührt, so stellt sich sogleich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses rechtmäßig ist oder sein kann; die Frage präzisiert, ob oder unter welchen Umständen die Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses einen echten Eingriff in das verfassungsmäßig garantierte Recht auf Justizgewährung darstellt oder ob und unter welchen Voraussetzungen sie nur eine zulässige Inhaltsbeschränkung bedeutet. Wir können an dieser Stelle die aufgeworfenen Fragen nur in einem allgemeinen Rahmen untersuchen und hier auch nur die Kriterien aufzeigen, die eingehalten werden müssen, damit bei einer Rechtsschutzbedürfnisprüfung nicht in das Recht auf Justizgewährung eingegriffen wird.

   a) Wie stets hat auch hier die Frage nach dem „Wie" hinter der nach dem „Ob" zurückzustehen. Wir können diese Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit eines Eingriffs in die lückenlose Rechtsschutzgewährung nicht beantworten, ohne uns wiederum auf die bei der Erörterung des Wesens des Rechtsschutzes angestellten Überlegungen zu besinnen. Wie dort haben wir auch hier — richtigerweise — die Problematik des Verhältnisses von rechtsschutzsuchendem Einzelnen zu rechtsschutzgewährendem Staat zunächst aus der Sicht des Einzelnen gesehen, indem wir von dem Grundsatz der lückenlosen Rechtsschutzgewährung und des verfassungsmäßigen Rechts des Einzelnen darauf ausgingen. Wie wir jedoch auch dort gezwungen waren, andere, den allgemeinen Interessen dienende Schutzgüter den Interessen des Einzelnen gegenüberzustellen und als gleichwertig anzuerkennen, so müssen wir auch jetzt unsere Blickrichtung wenden. Und wie wir dort schließlich eine extrem individualistische Betrachtungsweise zurückgewiesen haben, so erklären wir auch an dieser Stelle, daß die Anerkennung eines Rechtsschutzgewährungsanspruches und eine darauf aufbauende, die verfassungsrechtliche Anerkennung der Rechtsstellung des Einzelnen einbeziehende Bewertung uns nicht dazu verleiten darf, die im allgemeinen Interesse aufgestellten Schutzgüter zu verleugnen.

   b) Auch das Recht des Staatsbürgers auf eine Entscheidung, die seiner Sache in echter Weise Rechtsschutz gewährt, hat seine legitimen Schranken. Der Beweis für diese Behauptung ist bereits vorgezeigt. Die Legitimität solcher Schranken, verkörpert im Rechtsschutzbedürfnis, erweist sich durch die diesen Begriff tragenden Gründe. Das sind einmal eben jene schon bei der Bestimmung von Ziel und Aufgaben des Rechtsschutzes und der einzelnen Verfahren als maßgeblich genannten Gründe, die dem Schutze der Allgemeinheit dienen und an deren Legitimität niemand zweifeln kann. Weitere, letztlich in den benannten Schutzgütern wurzelnde Gedanken, die sich einer grenzenlosen Freiheit des Einzelnen in der gerichtlichen Verfolgung seiner Sache entgegenstellen, zeigt uns ein Vergleich mit dem

Vorspruch zur Novelle vom 27. 10. 1933[1]. Zwar werden in diesem Vorspruch — der damaligen Zeit entsprechend — überspitzt die „Rechtssicherheit des Volksganzen" und der „Schutz der Gemeinschaft" als vornehmstes Ziel in den Vordergrund gestellt. Es ist aber nicht zu bestreiten, daß die darin zum Ausdruck kommenden Anschauungen dem Rechtsbewußtsein sowohl der damaligen wie auch der früheren und der heutigen Zeit entgegenkommen.

Der Vorspruch lautet:

> „Die Parteien und ihre Vertreter müssen sich bewußt sein, daß die Rechtspflege nicht nur ihnen, sondern zugleich und vornehmlich der Rechtssicherheit des Volksganzen dient. Keiner Partei kann gestattet werden, das Gericht durch Unwahrheiten irrezuführen oder seine Arbeitskraft durch böswillige oder nachlässige Prozeßführung zu mißbrauchen. Dem Rechtsschutz, auf den jeder Anrecht hat, entspricht die Pflicht, durch redliche und sorgfältige Prozeßführung dem Richter die Findung des Rechts zu erleichtern. Aufgabe des Richters ist es, durch straffe Leitung des Verfahrens und in enger Fühlung mit den Parteien dahin zu wirken, daß jede Streitsache nach gründlicher Vorbereitung möglichst in einer einzigen Verhandlung aufgeklärt und entschieden wird. Er hat Vertagungen, die nicht sachlich dringend geboten sind, zu vermeiden und zu verhindern, daß ein Verfahren durch verspätetes Vorbringen verschleppt wird."

Dieser Vorspruch deutet nicht nur den von uns angenommenen Anspruch auf Rechtsschutzgewährung an, sondern er bringt zudem auch seine Abhängigkeit von allgemeinen überindividuellen Schutzgütern zum Ausdruck. Darüber hinaus verdeutlicht der Vorspruch aber auch, wie der Inhalt jener allgemeinen Schutzgüter zu denken ist: Schutz der richterlichen Arbeitskraft vor mißbräuchlicher Inanspruchnahme durch den Rechtsschutzsuchenden. Im weitesten Sinn wird hier das Gebot der Redlichkeit im Verfahren angesprochen. An der grundsätzlichen Legitimität dieses Gedankens kann ebenfalls nicht gezweifelt werden.

c) Vergleichen wir nun hiermit jene Gedanken, welche die Rechtsprechung und die Rechtslehre unter den Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses subsumiert haben und machen wir die Probe zum Beweise dessen, daß solches Gedankengut tatsächlich dem Rechtsschutzbedürfnisbegriffe innewohnt.

Schönke[2] hat es bereits unternommen, die einzelnen Tatbestände des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses zu sammeln und zu ordnen. Für die Vielzahl der Fälle, die sich zumeist im Bereiche des Zivilprozesses ergeben, mag auf seine Darstellungen verwiesen werden. Aus der Fülle seines Materials lassen sich einige Grundfälle herauslösen, die zur Veranschaulichung genannt werden sollen:

---

1 RGBl. I S. 780.
2 aaO S. 22 ff.

(1) Bei der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses sollen vor allem jene Fälle erfaßt werden, in welchen den Antragstellern für ihre Begehren andere, speziellere oder einfachere und billigere oder ihrem Begehren, sei es nach Rechtsweg, sei es nach Verfahrensart oder Zuständigkeit usw., angemessenere Rechtsschutzwege zur Verfügung stehen[1].

(2) Das Rechtsschutzbedürfnis soll auch verneint werden, wenn dem Antragsteller die Möglichkeit offen steht, den durch sein Begehren erstrebten Erfolg auf außerprozessualem Weg sich selbst zu verschaffen[2].

(3) Dies soll auch für die Fälle gelten, in denen ein Antrag gestellt wird, obwohl bereits ein anderer Verfahrensweg vom Antragsteller beschritten wird[3].

Schließlich gehören hierher alle die Fälle, in denen — wie Schönke es nennt — das mit dem Begehren verfolgte Ziel aus anderen Gründen nicht rechtsschutzwürdig ist[4]. So sind bei der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses erfaßt worden:

(4) Die mutwillige Einleitung eines Verfahrens[5],

(5) die Verfolgung eines dem Verfahren fremden Zweckes[6],

(6) die Geringfügigkeit des dem Gericht vorgelegten Begehrens[7] und

(7) die sog. Scheinprozesse, in denen von den Parteien die gerichtliche Hilfe nur zum Schein in Anspruch genommen wird.

Während in den zuerst genannten Fällen mehr objektive Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit und der Verfahrensökonomie die Gerichte ermächtigen sollen, den Rechtsschutz einzuschränken, d. h. ihn teilweise völlig auszuschließen, teilweise auch nur auf bestimmte Verfahrenstypen zu beschränken, leiten die weitergenannten Fälle zu einem anderen, unsere gesamte Rechtsordnung umfassenden Grundsatz über. Der Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses wird als Ausgestaltung des Grundsatzes von Treu und Glauben für das Verhältnis des Rechtsschutzsuchenden zum rechtsschutzgewährungspflichtigen Staat verstanden, und zwar in der bestimmten Funktion eines Regulativs gegenüber den das Redlichkeitsgebot verletzenden Rechtsschutzbegehren.

Die von uns angestellte Probe stimmt folglich, denn dieser Sinngehalt des Rechtsschutzbedürfnisses wird erkennbar angesprochen in den (in dem angeführten Vorspruch genannten) Pflichten des Einzelnen „zur redlichen Prozeßführung", in dem Verbot des „Mißbrauchs" der richterlichen Tätigkeit,

---

1 Diese Sachverhalte bildeten von jeher den Großteil aller Fälle, die von Rechtslehre und Rechtsprechung unter dem Begriff Rechtsschutzbedürfnis subsumiert wurden, vgl. dazu die oben S. 8 Nr. 8 angeführten Entscheidungen der Rechtsprechung.

2 Zumeist wird hier der Fall des § 375 HGB zitiert, vgl. Schönke aaO S. 24; Stein aaO S. 411; Sauer aaO S. 530; OLG Dresden, RsprOLG Bd. 4, S. 226.

3 Schönke aaO S. 32; vgl. auch Bettermann, Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform, 1949, S. 44.

4 Schönke aaO S. 33 ff.

5 Schönke aaO S. 34; RGZ Bd. 169 S. 226; vgl. auch Rosenberg aaO § 85 II 2 b.

6 Schönke aaO S. 34; diese Fallgruppe hat für Verfahrenstypen, wie insbes. den Konkurs, die eine spezifische, gerade nur ihnen eigentümliche, zweckgerichtete besondere Ausgestaltung erfahren haben, vor allem Bedeutung.

7 Schönke aaO S. 35.

aber auch in den höchstrichterlichen Entscheidungen oftmals trotz aller Kasuistik wiederkehrenden Wendung, „niemand dürfe die Tätigkeit der Gerichte unnütz oder gar zu unlauteren Zwecken in Anspruch nehmen[1]". Auch das von Schönke angenommene Erfordernis der Schutzwürdigkeit des geltend gemachten Interesses gehört hierher, denn auch dieses weist unmittelbar auf den Grundsatz der bona fides hin.

Grundsätzliche Bedenken gegen die Zulässigkeit des Rechtsschutzbedürfnisses wegen dieses Sinngehaltes bestehen heute nicht mehr, denn fast einhellig anerkennen heute Rechtslehre und Rechtsprechung die unsere gesamte Rechtsordnung umfassende Bedeutung des Redlichkeitsgebotes und die Anwendbarkeit des Treu-und-Glauben-Prinzips im Bereich des Verfahrensrechts[2]. So kann es heute auch nicht mehr zweifelhaft sein, daß dieser Grundsatz seine Wirkung gegenüber verfahrensrechtlichen Befugnissen wie auch gegenüber dem Recht des Einzelnen auf Rechtsschutzgewährung entfaltet. Jede prozessuale Befugnis hat ebenso wie der privatrechtliche Anspruch seine Grenzen in den Grundsätzen der bona fides. Selbst Goldschmidt, der die Existenz verfahrensrechtlicher Befugnisse ablehnte und nur eine Aussicht oder bloße Möglichkeit des Rechtsschutzbegehrenden annahm[3], sprach sich für die Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Verfahrensrecht aus[4]. Gerade er ist — soweit wir dies überblicken können — der erste, der in einem Aufsatz[5] zu einer Entscheidung des LG I Berlin[6], in welcher der gleichzeitigen Erhebung mehrerer Teilklagen (mit dem Ziele, die Zuständigkeit des Amtsgerichts zu begründen) der Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses entgegengehalten wurde, ausdrücklich bemerkte, der Kläger verstoße mit seinem Begehren unter diesen Umständen gegen die Gebote von Treu und Glauben. Wie bei diesem Sachverhalt mit Recht auf das Redlichkeitsgebot zurückgegriffen werden muß, so hat dies richtigerweise stets bei allen der zuletzt genannten Arten von Fällen zu geschehen, denn dort orientiert sich die Rechtsschutzbedürfnisverneinung jeweils an

---

1 Vgl. z. B. RGZ Bd. 155, S. 72 (75); RG in JW 1935, S. 1928.

2 Vgl. Baumgärtel, Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereiche der ZPO und des FGG, ZZP 67. Bd., S. 423 ff; ders., Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZP 69. Bd., S. 89 ff; Bernhardt, Auswirkungen von Treu und Glauben im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung, ZZP 66. Bd., S. 77 ff; Jauernig, Nochmals: Auswirkungen von Treu und Glauben im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung, ZZP 66. Bd., S 398 ff; Lent, Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß, ZZP 67. Bd., S. 344 ff; Rosenberg aaO § 61 VII; Nikisch aaO § 53 III; Stein-Jonas-Schönke aaO V 7 a vor § 128; Hedemann, Die Flucht in die Generalklausel, S. 24 ff; Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung; Schüle (für das öffentliche Recht), Treu und Glauben im deutschen Verwaltungsrecht, Verwaltungsarchiv 38. Bd. (1933), S. 399 ff, 39. Bd. (1934), S. 1 ff; aus der Rspr. z. B.: RGZ Bd. 102, S. 217 ff (222); Bd. 154, S. 299 ff (303); ferner BGH in JZ 1953, S. 153 A. A. (in der Vergangenheit): z. B. Görres, Über das Verschulden im Prozeß (Culpa in processu), ZZP 34. Bd. S. 1 ff; Nußbaum, Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, S. 68; Pollak, System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes, S. 353 ff.

3 Der Prozeß als Rechtslage, S. 277 ff.

4 aaO S. 477.

5 Kann durch Zerlegung eines zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Anspruchs in mehrere, gleichzeitig erhobene Teilklagen die amtsgerichtliche Zuständigkeit begründet werden? in JW 1931, S. 1753 (1754); vgl. auch Baumgärtel aaO S. 100; Pohle aaO S. 205, 225, 255; Schönke aaO S. 35.

6 LG I Berlin, Urteil v. 9. 4. 1931 in JW 1931, S. 1766.

Verhaltensweisen der Rechtsschutzsuchenden, die sich bei objektiver Würdigung als übermäßig oder unangemessen, d. h. als unredlich darstellen. Aber auch alle die Fälle, in denen sich die Rechtsschutzbedürfnisprüfung scheinbar an reinen Zweckmäßigkeitsfragen orientiert oder sich an den Zwecken und Zielen des Prozeßinstituts oder an den besonderen Verfahrenszielen bestimmter, ganz spezifischer Verfahrenstypen, wie etwa im Konkurs, ausrichtet, können einheitlich unter dem Prinzip der bona fides begriffen werden. Dies gilt vor allem für die Fälle, die nach dem Prinzip der Verfahrensökonomie entschieden werden, das dem Richter zu seiner Entlastung die zweckmäßige Straffung des Verfahrensablaufs und die Lenkung und Verweisung der Rechtsschutzbegehren der Einzelnen in einen nach Zweckmäßigkeitserwägungen angemesseneren Rechtsschutzweg ermöglicht, ja vorschreibt. Beide Prinzipien, das der Verfahrensökonomie und das der Billigkeit, lassen sich in diesem Zusammenhange nicht durch exakte Abgrenzungen voneinander scheiden. Wie wollte man auch entscheiden, daß nicht ebenso demjenigen der Vorwurf eines Verstoßes gegen seine Treupflicht gegenüber dem Gericht oder im Sinne der allgemeinen Terminologie einer mißbräuchlichen, übermäßigen Inanspruchnahme der richterlichen Tätigkeit entgegenzuhalten ist, der mit seinem Rechtsschutzbegehren einen Verfahrensweg beschreitet, welcher teurer und schwieriger gegenüber anderen ihm zur Verfügung stehenden Wegen ist. Warum sollte nicht auch derjenige eine Pflicht, welche ihm die Schonung des Gerichts auferlegt[1], d. h. eine Treuepflicht[2] verletzen, der das Gericht „unnütz" angeht, obwohl er sein Begehren auch auf außerprozessualem Wege erreichen kann. Beide Prinzipien dienen auch demselben Ziel. Sie korrigieren und hemmen eine überindividualistische Ausnützung formal gegebener Möglichkeiten. Sie haben ihre Wurzel in einer beiden gemeinsamen Rechtsentwicklung, die nunmehr im folgenden noch einmal näher untersucht werden soll. Eine Analyse der Rechtsentwicklung in den letzten Jahrzehnten wird auch zeigen, daß beide Prinzipien tatsächlich gemeinsam in unser Rechtsbewußtsein hineingewachsen sind. Zugleich wird diese Analyse die endgültige Bestätigung unserer Auffassung vom Wesen des Rechtsschutzbedürfnisses als Ausgestaltung dieser Prinzipien in dem Rechtsverhältnis Staat—Einzelner im Bereiche der Rechtsschutzgewährung liefern.

d) Die Zeit des ausgehenden letzten Jahrhunderts, in der unsere Verfahrensordnungen geschaffen worden sind, stand noch ganz im Zeichen des Individualismus. Dieser äußerte sich auf verfahrensrechtlichem Gebiet besonders darin, daß unsere Verfahrensordnungen nahezu keine zwischen den in den Rechtsschutzverfahren sich entfaltenden, einander entgegenwirkenden Kräften vermittelnde Norm kannten — wie dies für das materielle Recht der

---

1 Vgl. nochmals den Vorspruch zur Novelle v. 27. 10. 1933.
2 Im Sinne einer Pflicht, das prozessuale Verhalten nach Treu und Glauben auszurichten, vgl. hierzu z. B. Lent ZZP 67. Bd., S. 344 ff.

§ 242 BGB vermag — und zwar weder eine den Schutz der Gerichte vor der Macht des Individualismus noch eine den Schutz der anderen Partei bewirkende Norm[1]. Dabei mußte damals schon das Bedürfnis vorhanden sein, eine allgemeine Ausgleichsnorm zu schaffen oder doch wenigstens auf das allgemeine Prinzip von Treu und Glauben des bürgerlich-rechtlichen Rechtskreises zurückzugreifen. Es war wohl das Mißtrauen des herrschenden Individualismus[2] gegenüber dem Staate, das verkennen ließ, daß auch der Staat eines Schutzes vor dem Einzelnen bedarf und daß dieses Bedürfnis um so dringender wird, je formeller die Verfahrensordnung ausgestaltet und je weniger in den einzelnen Verfahrensnormen die Gedanken der Redlichkeit und Billigkeit verwirklicht sind[3].

Die in diesem Jahrhundert einsetzende Rechtsentwicklung erkannte dieses Bedürfnis. Wir haben die damals aufkommenden Anschauungen eingangs bereits innerhalb der Frage nach dem Wesen des Rechtsschutzes geschildert. Wie in dem dortigen Zusammenhang der Individualismus überwunden wurde, indem man das Wesen des Rechtsschutzes nicht mehr allein in der Wahrung des privaten Rechts des Einzelnen, sondern darüber hinaus in dem allgemeinen Zweck der Bewährung der Rechtsordnung und der Herstellung des Rechtsfriedens sah, so fand schließlich die Rechtsentwicklung auch in der gesetzgeberischen Gestaltung der einzelnen Rechtsschutzverfahren ihren Ausdruck. Dies führte zu einem neuen Erfassen der den Gerichten zugewiesenen Aufgabenstellung dem einzelnen Rechtsschutzsuchenden gegenüber. Durch die Novellengesetzgebung wurden Möglichkeiten zum Schutz der Gerichte geschaffen; deren Einflußnahme auf das anhängige Verfahren wurde gestärkt; die Gerichte erhielten Machtmittel gegen eine ungesunde und unredliche Prozeßführung usw. Aus der Vielzahl der Gesetzesnovellen zum Erkenntnisverfahren ragen zwei besonders hervor. Neben der Novelle vom 1. 6. 1909[4], der sog. Amtsgerichtsnovelle, welche unter anderem die Aktivität des Richters im Ablauf des Verfahrens stärkte, ist

---

1 Das Verhältnis der einzelnen Rechtsschutzsuchenden zueinander vermag hier nicht zu interessieren, denn der Rechtsschutzbedürfnisbegriff hat *nicht* die Funktion, *den Einzelnen* vor unredlicher, übermäßiger Inanspruchnahme eines anderen vor Gericht zu schützen, sondern *allein* den *Schutz der Gerichte,* d. h. der allgemeinen Belange zum Zwecke. Dies erhellt schon daraus, daß das Rechtsschutzbedürfniserfordernis eine von Amts wegen und nicht erst auf Antrag oder Einrede hin zu beachtende Prozeßvoraussetzung ist. Es ist ein unverzichtbares Erfordernis jeder Rechtsverfolgung und unterliegt niemandens Verfügungsgewalt. Dem Bedürfnis nach Schutz der Parteien untereinander auf prozessualem Gebiet ist durch die Rechtsentwicklung ebenfalls Rechnung getragen worden. Doch verblieb es insoweit bei der notwendigen Initiative des Einzelnen, das treuwidrige Verhalten ihm gegenüber prozessual wirksam zu rügen (vgl. z. B. für die Einrede einer vereinbarten Klagerücknahme RGZ Bd. 102, S. 218; RG in JW 1937, S. 1062 11). Besonders auffällig zeigt sich dies im Zwangsvollstreckungsnotrecht, das heute in § 765 a ZPO eine generelle, auf den Grundlagen des Treu-und-Glauben-Prinzips aufbauende Härteklausel zum Schutze des Vollstreckungsschuldners, die deshalb aber auch nur auf seine Initiative hin wirksam wird, kennt.

2 Nach dessen Ansicht war der Prozeß ein Kampf der Parteien ums Recht, der aus Gründen der Rechtssicherheit allein an die vom Prozeßrecht selbst positiv-rechtlich aufgestellten Schranken gebunden sein sollte. Für die Parteien gab es hiernach keine Pflichten, sondern allenfalls Lasten in deren eigenem Interesse; ihre Freiheit sollte — durch kein Schikaneverbot etc. behindert — uneingeschränkt sein. Vgl. hierzu z. B. Baumgärtel aaO S. 91 f mit Hinweisen; Bernhardt aaO S. 87, 90 mit Hinweis insbes. auf Stein, Vorwort zur ersten Auflage des Grundrisses des Zivilprozeßrechts.

3 Hinsichtlich der Argumente, die für und gegen die Anwendbarkeit des Treu-und-Glauben-Prinzips im Prozeß vorgebracht worden sind, vgl. oben S. 34 N. 2.

4 RGBl I S. 475 f.

es vor allem die bereits erwähnte Novelle vom 27. 10. 1933[1], die zu erwähnen ist. Sie verbesserte das Zivilverfahren wesentlich, da sie unter anderem die Wahrheitspflicht der Parteien nunmehr ausdrücklich statuierte, den Gerichten eine Handhabe gegen die Prozeßverschleppung bot oder auf ähnliche Weise die geschilderte Rechtsentwicklung zum Ausdruck brachte.

Eine lückenlose positiv-rechtliche Erfassung des gesamten Zivilverfahrens durch eine dem § 242 BGB ähnliche Generalklausel brachten die Novellen indessen nicht[2]. Angesichts der Schwierigkeit, eine allgemeingültige, auf das Verfahrensrecht zugeschnittene Fassung des Redlichkeitsgebotes zu erreichen, ist dies nur verständlich, und es kann auch demjenigen, der von den Gefahren einer Generalklausel weiß, rechtspolitisch nur klug erscheinen, daß dies nie geschah. Es schadete ja auch nicht, denn die Rechtsprechung, welche die Rechtsentwicklung und das praktische Bedürfnis für die Anwendung der bona fides im Verfahrensrecht alsbald erkannte, füllte die Gesetzeslücken, indem sie auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückgriff.

Dem aufmerksamen Betrachter der Rechtsentwicklung kann nicht entgehen, daß die Novellengesetzgebung nur einen beschränkten Teil der im Verfahren möglichen Parteihandlungen berührt hat. Für die ein Rechtsschutzverfahren einleitenden, auf das Ziel des Verfahrens gerichteten Rechtsschutzgesuche wie die Sachanträge, also die Klagen oder beispielsweise auch den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens, fehlt eine positiv-rechtliche Regelung. Dies darf jedoch nicht etwa zu der Ansicht verleiten, daß die Rechtsentwicklung lediglich das Verhalten der Parteien gegenüber dem Gericht während des laufenden Verfahrens erfaßte und an den Prinzipien der bona fides in weitestem Sinne ausrichtete, im übrigen aber (hinsichtlich der Klagen oder anderer Rechtsschutzbegehren im obigen Sinne) das Parteiverhalten an keine Treuepflichten dem Gericht gegenüber binden wollte. Denn für diesen Bereich der Parteihandlungen trat die Rechtsentwicklung in dem Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses in Erscheinung[3].

Es ist interessant zu beobachten, wie dieser Begriff zusammen mit dem allgemeinen Vordringen der bona fides im Verfahren und der Stärkung der Rechtsstellung des Richters mit der Novellengesetzgebung wuchs. Dem von der Rechtslehre und Rechtsprechung als Maßstab des Verhaltens der Parteien während des Verfahrens aufgestellten Gebot der redlichen Prozeßführung entspricht im Bereiche der Prozeßhandlungen, die auf das Ziel des Verfahrens unmittelbar gerichtet sind, also vor allem der Klagen, das

1 aaO.

2 Wie bereits oben S. 36 N. 1 erwähnt, ist die Generalklausel des § 765 a ZPO nicht hierher zu rechnen, da sie nicht das Verhältnis Einzelner—Staat betrifft. Und auch hinsichtlich dieser Generalklausel können Zweifel an der gesetzgeberischen Klugheit angemeldet werden; es sei nur an den Kampf um und gegen diese Generalklausel erinnert.

3 Lediglich Schönke (aaO S. 13 f; Stein-Jonas-Schönke aaO Einl. DI 2) versteht das Rechtsschutzbedürfniserfordernis als allgemeine Rechtsschutzgewährungsvoraussetzung in dem Sinne, daß er sämtliche im Prozeß möglichen Parteihandlungen daraufhin prüfen will. A. A. die h. L., insbes. Pohle, ZZP 64. Bd., S. 94 f, Baumgärtel aaO S. 99 f. Dagegen spricht vor allem die Rechtsentwicklung, die sinnfällig in der h. L., die das Rechtsschutzbedürfnis als Sachurteilsvoraussetzung und nicht als Prozeßhandlungsvoraussetzung kennt und es darüber hinaus lediglich noch für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln maßgeblich sein läßt, zum Ausdruck kommt.

Verbot der mißbräuchlichen oder übermäßigen Inanspruchnahme des Gerichts, ausgedrückt im Rechtsschutzbedürfniserfordernis; der dem Richter zur straffen Lenkung und raschen Abwicklung des Verfahrens zugewiesenen Befugnis der aktiven Verfahrensleitung entspricht hier die dem Richter mit dem Rechtsschutzbedürfniserfordernis zugewiesene Kompetenz, Rechtsschutzgesuche auf den einfacheren, billigeren, ökonomisch richtigeren Verfahrensweg zu verweisen. So erweist sich die Gemeinsamkeit beider Prinzipien, der Verfahrensökonomie und der Redlichkeit unter einem einheitlichen Oberbegriff, dem Rechtsschutzbedürfnis als durch die Rechtsentwicklung bedingt und ihrem Wesen nach als notwendig.

Unter einem umfassenden Aspekt kann die geschilderte Rechtsentwicklung in sehr engem Zusammenhang mit der Entwicklung der Auffassungen zum Wesen des Rechtsschutzes gesehen werden. In dem geschichtlichen Entwicklungsprozeß von der Selbsthilfe des Einzelnen über den noch weitgehenden vom Individualismus der Parteien geprägten Status des ausgehenden letzten Jahrhunderts bis zu unserer heutigen Situation, für die ein wohlabgewogener Ausgleich zwischen den individuellen und den allgemeinen Interessen das Wesen des Rechtsschutzes bestimmt, finden wir auf einer höheren Ebene die Parallele.

e) Als Ergebnis unserer bisherigen Ausführungen dürfen wir nach dem Gesagten an der grundsätzlichen Legitimität eines staatlichen Einschreitens zum Schutze der genannten allgemeinen Rechtsgüter nicht länger zweifeln. Die Frage nach dem „Ob" ist somit in bejahendem Sinne zu entscheiden.

3. Sofort taucht nunmehr die Frage nach dem „Wie" auf.

Es fragt sich, in welchem Maße der Staat zulässigerweise seine Rechtsschutzgewährungspflicht einschränken kann, d. h. welche Anforderungen er an das Rechtsschutzbedürfnis eines Rechtsschutzbegehrenden stellen kann. Wie sollen die Kriterien für eine Rechtsschutzbedürfnisprüfung bestimmt werden, und wo liegen die Grenzen einer staatlichen Eingriffsmöglichkeit in die Rechtsschutzgewährung?

Wir glauben das zulässige Maß nur dann finden zu können, wenn wir das Rechtsschutzbedürfniserfordernis wiederum in seiner Abhängigkeit zu dem Anspruch des Einzelnen auf Rechtsschutzgewährung und der damit korrespondierenden Rechtsschutzgewährungspflicht des Staates sehen, wenn wir uns also bewußt sind, daß mit dem Rechtsschutzbedürfniserfordernis das verfassungsrechtlich garantierte Prinzip des lückenlosen Rechtsschutzes eingeschränkt werden soll. Nur derjenige Richter, der diese Beziehung sieht, findet das rechte Maß bei der Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisses im konkreten Einzelfall, ohne sich dabei über die Schranken, die ihm durch die Justizgewährungspflicht des Staates auferlegt sind, hinwegzusetzen.

Diese Mahnung ist um so dringender, als sich mit dem Begriff Rechtsschutzbedürfnis Gefahren einstellen, die bei der Anwendung jeder Generalklausel zu besorgen sind. Nur allzu leicht unterliegt man der Gefahr einer den Rechtsschutz unangemessen einschränkenden Ausweitung der Gebote von Treu

und Glauben. Generalklauseln ist es eigentümlich, daß sie ihren Bereich immer weiter ausdehnen. Dies geschieht um so leichter, als die Grenzen der Generalklauseln flüssig sind und in praxi, so exakt sie auch theoretisch abgesteckt sein mögen, immer mehr verwischen. Hüten wir uns also davor, das Rechtsschutzbedürfniserfordernis zum „Unterschlupf" ungelöster Probleme[1] werden zu lassen, und bedenken wir, daß ein schwammiger, undurchsichtiger Rechtsbegriff die Rechtssicherheit stört und auch den Rechtsschutzgewährungsanspruch des Einzelnen mißachtet. Denn je unübersichtlicher der Begriff Rechtsschutzbedürfnis ist, desto unüberschaubarer und unfaßbarer wird dem Einzelnen sein Recht, desto weniger vermag er sein Recht auf staatliche Gerichtshilfe zu erkennen, und desto leichter wird aber auch einem Richter, der seiner Rechtsschutzaufgabe nicht eingedenk ist, die Möglichkeit offenstehen, einen echten Fall der Justizverweigerung unter einem verschwommenen Rechtsschutzbedürfnisbegriff zu verbergen. Schon die leiseste Gefahr einer Übertretung des Verbotes der Justizverweigerung sollte uns genügen, die Rechtsschutzbedürfnisprüfung mit größtmöglichen Sicherheiten und Garantien auszustatten, auf daß er einer rechtsstaatlichen Nachprüfung standhält. Wie hoch unser Rechtsstaat die Rechtsstellung des Einzelnen einschätzt, hat uns ein Blick in das Grundgesetz, das dem Einzelnen ein grundrechtsähnliches Abwehrrecht zuerkennt, gezeigt. Art. 103 Abs. 1 GG[2] beinhaltet eine objektive Wertordnung, an deren Grundentscheidung sich das geschriebene wie das ungeschriebene Verfahrensrecht, also auch das Rechtsschutzbedürfniserfordernis auszurichten hat. Jede Begriffsbestimmung hat daher sorgfältig zu beachten, daß sie im Einklang mit dem von Art. 103 Abs. 1 GG vorgeschriebenen Wertsystem steht. Eine Definition des Rechtsschutzbedürfnisses kann daher nur dann bestehen, wenn sie den Befehl der Verfassung, den Rechten des Einzelnen Schutz zu gewähren, beachtet; ja, darüber hinaus ist einer zulässigen Begriffsbestimmung die Aufgabe gestellt, jeden, auch den geringsten Verdacht von vornherein auszuschließen, daß über das Rechtsschutzbedürfniserfordernis die Rechtsschutzgewährungspflicht des Staates umgangen werde. Dies ist nicht zuletzt auch ein Gebot der Rechtssicherheit, und es ist auch ein für das Ansehen der Gerichtsbarkeit bei jedem einzelnen Staatsbürger notwendiges Erfordernis, das Vertrauen der rechtsschutzsuchenden Staatsbürger zu besitzen und zu erhalten. Diese Ausführungen vermögen nur die überragende Bedeutung des Justizgewährungsanspruches des Einzelnen, d. h. das Gewicht seiner Rechtsstellung bei der Frage nach dem zulässigen Maß eines staatlichen Eingreifens in die Rechtsschutzgewährung zu stärken und vor allzu rascher und leichtfertiger Einschränkung dieser Rechtsstellung durch die Zulassung vager und undurchsichtiger Klauseln zu warnen.

Damit ist eigentlich bereits gesagt, wie der bei jeder Rechtsschutzbedürfnisprüfung auftretende Interessengegensatz von Allgemeininteresse und privater

1 So Böttticher, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozeß, in Festgabe für Rosenberg S. 74.
2 Vgl. auch Art. 19 Abs. 4 GG.

Interessensphäre abzuwägen ist. Dabei darf uns eine allzu wörtliche Aufnahme des Vorspruchs zur Novelle vom 27. 10. 1933 nicht täuschen. Zwar wird dort wohl dem Einzelnen ein Recht auf Rechtsschutz zugestanden, es scheint jedoch unter der Flut von einschränkenden und belastenden Geboten nur noch am Rande durch. Lassen wir uns durch das zwischen den Zeilen sichtbare staatsautoritäre Denken nicht von unserer Grundkonzeption ablenken. Angesichts der überragenden, in unserer Verfassung selbst verankerten Bedeutung des Rechts des Einzelnen auf Rechtsschutzgewährung, der damit vorgezeichneten Wertordnung für die Bestimmung des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses, treten bei dessen Inhaltsbestimmung notwendigerweise die Schutzgüter der Allgemeinheit in den Hintergrund. Mit einem Schlagwort kann man von einem „in dubio pro uneingeschränkte Rechtsschutzerteilung" sprechen. Es sollte schon im Interesse eines ungestörten Vertrauens der Staatsbürger in die Rechtsprechung selbstverständlich sein, daß eher einmal ein unredliches Rechtsschutzbegehren durch die Zulässigkeitsprüfung schlüpft, als nur ein einziges Begehren zu Unrecht wegen Fehlens des Rechtsschutzbedürfnisses zurückgewiesen und damit ein echter Fall von Rechtsschutzverweigerung geschaffen wird.

Grundsätzlich haben die Fragen nach einem Rechtsschutzbedürfnis nur sekundäre Bedeutung, und sie können nur ausnahmsweise als den Rechtsschutz des Einzelnen beschränkend wirken, d. h. bei einer Abwägung schwerer wiegen als das Recht des Einzelnen auf Rechtsschutz.

Der zweitrangige Charakter aller Rechtsschutzbedürfnisfragen wird vor allem sichtbar, wenn wir nochmals das mit dem Rechtsschutzbedürfnis erstrebte Ziel betrachten und dieses Ziel in Abhängigkeit zu dem Ziel des Rechtsschutzes setzen. Ziel des Rechtsschutzes ist es, Rechtsschutz zu gewähren. Die Rechtsschutzgewährung ist deshalb die Regel, denn zuallererst ist nach dem Ziel der Rechtsschutzeinrichtung zu fragen und nicht nach dessen Beschränkung. Ziel des Rechtsschutzbedürfnisses ist es aber gerade, den Rechtsschutz einzuschränken oder gar zu versagen, also der Regel entgegenzuwirken und Ausnahmen von dem regelmäßigen Ziel zu begründen. Damit ist das Rechtsschutzbedürfnis als Ausnahmeregelung[1] erkannt.

Aus der Erkenntnis, daß das Rechtsschutzbedürfnis ein Ausnahmetatbestand ist, läßt sich schon rechtslogisch — wie ja auch von der verfassungsrechtlichen Wertordnung bestätigt wird — ableiten, daß sein Wirkungskreis eng bemessen sein soll. Unsere bisherigen Ausführungen zwingen dazu, einen Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses nur dann für gegeben zu erachten, wenn dies zum Schutze der Gerichte, der allgemeinen Schutzgüter, der Wahrung der bona fides im Verfahren unerläßlich ist, ein Rechtsschutzbegehren also mit den Zielen und Zwecken des Rechtsschutzes und der von der Rechtsordnung mit unseren Rechtsschutzverfahrenstypen verfolgten Zielsetzung oder mit den Grundsätzen einer redlichen, geordneten und ökonomischen Rechtsschutzertei-

---

1 Vgl. auch Pohle aaO S. 204.

lung in so hohem Maße unvereinbar ist, daß es einem Gericht billigerweise nicht zugemutet werden darf, das Begehren eines Antragstellers der Sache nach zu prüfen (anzuhören) und zu entscheiden. Es muß aus den bisherigen Erörterungen klar geworden sein, daß im Interesse der Rechtssicherheit und des Prinzips der lückenlosen Rechtsschutzgewährung nur eine objektive Betrachtungsweise und nur der volle Beweis des Mangels des Rechtsschutzbedürfnisses den strengen Anforderungen an eine Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses genügen kann.

Wir sind uns bewußt, daß mit diesen Kriterien nur ein allgemeiner Rahmen abgesteckt ist und für den zu entscheidenden Einzelfall nur in geringem Maße konkrete Anhaltspunkte gewonnen sind. Exaktere Kriterien lassen sich jedoch u. E. abstrakt und generell kaum aufstellen. Gerade weil wir die Untauglichkeit einer Generalklausel, die letztlich, da sie den nicht erfüllbaren Anspruch erheben müßte, jede Variation der Problematik in sich zu begreifen, zu einem erfolglosen Versuch würde, kennen gelernt haben[1], halten wir es für richtiger, vieles einer Abwägung im jeweils zur Erörterung stehenden Einzelfall zu überlassen.

IV. Ein Versuch, diesen Rechtsschutzbedürfnisbegriff näher zu bestimmen und seine Grenzen festzulegen — zugleich eine Kritik an der herrschenden Lehre

1. Das Rechtsschutzbedürfnis als Ausnahmetatbestand — es hat Einwendungscharakter — die Behauptungs- und Beweislast eines Mangels des Rechtsschutzbedürfnisses trägt der Staat, der Einzelne hat die Vermutung des Rechtsschutzbedürfnisses für sich.

Es läßt sich jedoch in anderer Hinsicht manche Präzisierung des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses erzielen und auch mancher überkommene Irrtum, dem die h. L. seit eh und je unterliegt, ausmerzen. So können wir von unserer obigen Auffassung ausgehen, das Regel-Ausnahme-Verhältnis oder die nur zweitrangige Stellung des Rechtsschutzbedürfnisses in unserem Rechtsschutzsystem noch in einer anderen Richtung weiterverfolgen. Untersuchen wir nur, wie das Rechtsschutzbedürfniserfordernis dem Rechtsschutzsuchenden gegenüber zur Geltung gebracht wird.

a) Vorangestellt sei zur Veranschaulichung dessen, um was es uns jetzt geht, das Beispiel eines Rechtsstreits zwischen dem Einzelnen und dem Staat über die Rechtsschutzerteilung. Kläger soll der Bürger sein. Er begehrt vom Staat Rechtsschutz, Streitgegenstand ist also sein Rechtsschutzgewährungsanspruch. Als erkennendes Gericht mag das Bundesverfassungsgericht gedacht werden.

---

1 Es sei nur an den gewaltsam und erzwungen anmutenden Versuch von Schönke erinnert.

Unschwer wird der rechtsschutzsuchende Bürger in diesem Rechtsstreit die Tatsachen vorbringen und notfalls beweisen können, die seinen Rechtsschutzgewährungsanspruch und die Rechtsschutzgewährungspflicht des Staates begründen. Denn diese Pflicht obliegt den staatlichen Gerichten jedermann gegenüber, der sich mit einer Rechtsschutzbitte an sie wendet. Verteidigt sich nun der rechtsschutzpflichtige Staat damit, dem klägerischen Begehren mangele es an einem Rechtsschutzbedürfnis, da es beispielsweise unredlich oder gar rechtsmißbräuchlich gestellt sei, so stellt der Staat nicht etwa das dem Kläger günstige Recht auf Justizgewährung in Abrede, auch bestreitet er nicht den tatsächlichen Vortrag des Rechtsschutzsuchenden, sondern er beruft sich auf besondere Umstände, die geeignet sind, die im Regelfall eintretende, dem Kläger günstige Rechtswirkung, in unserem Falle also die Gewährung des begehrten Rechtsschutzes, auszuschließen oder zu beschränken. Der beklagte Staat verläßt hier also seine bloße Verteidigungsstellung und geht seinerseits zum Gegenangriff über, indem er eine dem Rechtsschutzgewährungsanspruch feindliche, selbständige Gegenwirkung erstrebt. Nach allgemeiner Terminologie spricht man bei der Geltendmachung solcher Gegenwirkungen von Einwendungen (so z. B. bei der hier interessierenden Einwendung der unzulässigen Rechtsausübung i. S. d. § 242 BGB).

Die Rechtsfolgen, die mit dem Begriff Einwendungen gekennzeichnet werden sollen, sind bekannt. Mit Recht bürdet die h. L. die Beweislast für das Vorhandensein von rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Tatsachen demjenigen auf, der sich auf ihre Existenz beruft. Diese Grundsätze müssen auch in unserem Beispiel gelten. Der Staat, der sich auf den Mangel eines Rechtsschutzbedürfnisses, d. h. auf die Existenz einer den Bestand des Rechtsschutzgewährungsanspruches hindernden oder vernichtenden Tatsache beruft und damit eine Einwendung im Sinne der Geltendmachung einer dem Regeltatbestand feindlichen, selbständigen Gegenwirkung gegen das Recht des Einzelnen erhebt, hat den Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses vorzutragen und notfalls zu beweisen, nicht etwa der klagende Rechtsschutzsuchende die Nichtexistenz des Mangels.

Die Begründung hierfür ist in der Systematik unserer Gesetze überhaupt zu suchen. Diese gehen von einem gewissen typischen Normaltatbestand aus. So ist auch für unsere Erörterung die Erteilung des Rechtsschutzes die Regel. Atypische, dem Normaltatbestand fremde Besonderheiten sind nun nicht etwa in den Normaltatbestand als Voraussetzungen desselben aufgenommen, sondern stets zu besonderen selbständigen Tatbeständen ausgestaltet. Werden solche außerregelmäßige Tatbestände geltend gemacht, so bewirkt dies nicht, daß damit ein für das Bestehen oder den Fortbestand des Normaltatbestandes ursächliches Tatbestandselement in Frage gestellt wird. Ebenso ist es auch hier. Das Rechtsschutzbedürfnis ist nicht Voraussetzung oder Tatbestandselement der Rechtsschutzgewährung, es ist vielmehr ein besonderer, selbständiger Ausnahmetatbestand, dessen Vorhandensein zwar geeignet ist, die vom Rechtsschutzsuchenden begehrte Rechtsfolge,

die Gewährung von Rechtsschutz, auszuschließen oder zu beschränken, aber nicht deshalb, weil es an der Tatbestandsmäßigkeit des Rechts auf Justizgewährung mangelt, sondern weil das Rechtsschutzbedürfnis ein selbständiger rechtshindernder Tatbestand ist, dessen Erfüllung den Normaltatbestand der Rechtsschutzgewährung auszuschließen oder zu beschränken vermag.

b) Verlassen wir nunmehr unser Beispiel und setzen wir dafür den Fall einer normalen Zivilklage vor dem ordentlichen Gericht, in welcher nicht der Rechtsschutzgewährungsanspruch Streitgegenstand in technischem Sinne ist, sondern ein irgendwie gearteter anderer Anspruch erhoben wird. Es sollte an unserem Beispiel deutlich geworden sein, daß auch insoweit nicht der Rechtsschutzbegehrende ein Rechtsschutzbedürfnis für sein Begehren darzutun hat, sondern daß dies auch hier dem Staate, der sich zu seinem Schutze auf den Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses beruft, den Mangel „einwendet", obliegt. Denn auch in dem konkreten Rechtsstreit ist es nicht anders als in unserem Beispiel. Indem der Staat dem Rechtsschutzsuchenden beispielsweise Unredlichkeit entgegenhält, macht er auch hier eine dem Verlangen des Klägers nach Rechtsschutz für seine Sache feindliche, selbständige Gegenwirkung geltend. Der Unterschied zu unserem Beispiel liegt allein darin, daß die Einwendung des Staates sich hier nicht gegen den Anspruch richtet, der unmittelbarer Gegenstand des Verfahrens ist, sondern „nur" gegen den mit jeder Klage geltend gemachten Anspruch des Einzelnen gegen den Staat, Rechtsschutz für den erhobenen Anspruch zu erteilen.

Diese Feststellungen bedürfen besonderer Betonung, denn die h. L. faßt seit eh und je in der Theorie das Rechtsschutzbedürfnis als positive Voraussetzung eines jeden Rechtsschutzbegehrens auf, gleichsam als ob es eine Norm gäbe, die dies fordert. Klagen oder, wie Schönke[1] es ausdrückt, „Zeit und Kräfte der staatlichen Gerichte ... in Anspruch nehmen" soll der Einzelne nach der h. L. nur dann dürfen, wenn für ihn ein Bedürfnis nach Rechtsschutz besteht. Nun hätte die h. L. recht, wenn es diese gesetzliche Vorschrift gäbe, die das Interesse oder Rechtsschutzbedürfnis zur ständigen Voraussetzung (in positivem Sinne) der Rechtsschutzerteilung erhebt. Unsere Verfahrensordnungen kennen jedoch keinen Rechtssatz dieser allgemeinen Gültigkeit. Es soll keineswegs die Bedeutung des Interesses für den Bestand eines subjektiven Rechts, hier des Rechts auf Justizgewährung, bestritten werden, und man mag das Interesse mit der h. L. auch als Grundlage eines subjektiven Rechts ansehen; allein, nach unserer Rechtsordnung gehört das Interesse nicht dem Tatbestand des subjektiven Rechts an, insbesondere knüpft die Rechtsordnung an den Wegfall des Interesses nicht die sonst notwendige Folge, daß das subjektive Recht ipso iure entfällt, wie wenn es an einem Tatbestandsmerkmal fehlte.

1 aaO S. 13; vgl. auch Bley aaO, für den das rechtliche Interesse (positive) Voraussetzung seines Klagrechtes ist.

Ziehen wir die Regeln des Privatrechts zu Hilfe und betrachten wir, wie die Beziehung von Interesse und Recht dort geregelt ist. Die Privatrechtsordnung wahrt den Zusammenhang zwischen Recht und Interesse in der Weise, daß es vor allem in den §§ 226, 242 BGB Sondertatbestände aufstellt, die — nicht als Regel, sondern als Ausnahme gedacht — im Einzelfall die Ausübung des Rechts hindern, vernichten oder einschränken, wenn das Interesse entfällt oder gemindert ist. Man denke insbesondere an den Begriff der Schikane oder auch an die bekannten Rechtsfiguren des § 242 BGB, z. B. an den Satz dolo petit, qui petit, quod statim redditurus est oder an das Verbot des venire contra factum proprium, Regelungen, in denen unmittelbar das Interesse, bzw. dessen Fehlen angesprochen wird. Wir brauchen uns hier nicht in den Streit zwischen der sog. Außentheorie und der sog. Innentheorie[1] einzulassen. U. E. völlig zu Recht spricht die nahezu einhellige Lehre und Rechtsprechung[2] von der Einrede oder dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (lies: Einwand des Wegfalls des Interesses). Dies bedeutet aber richtigerweise, daß nicht der Einzelne bei der Ausübung und Verwirklichung seines subjektiven Rechts zusätzlich begründen und nachweisen muß, seine Rechtsausübung sei für ihn von Interesse, er handle also nicht rechtsmißbräuchlich; und zwar deshalb richtig, weil das rechtliche Interesse nicht zum Tatbestand des subjektiven Rechts gehört, sondern vielmehr der Mangel eines Interesses eine selbständige Tatsache darstellt, die ein anderer, und zwar derjenige, der sich darauf beruft, zu begründen und zu beweisen hat.

Warum diese für das Privatrecht gültigen Sätze für das Verfahrensrecht nicht in gleicher Weise gelten sollen, ist nicht einzusehen. Auch unsere Verfahrensordnungen kennen ja keinen Rechtssatz, der in der von der herrschenden Prozeßrechtslehre geforderten Allgemeingültigkeit das Interesse zur Voraussetzung der Rechtsschutzerteilung macht. Schon deshalb bietet sich ein Rückgriff auf die Betrachtungsweise des materiellen Rechts an. Er ist um so mehr geboten, als der Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses auf einem Teilgebiet des Verfahrensrechts den nämlichen Sinngehalt und die gleiche Funktion hat wie das Prinzip von Treu und Glauben auf dem Gebiete des materiellen Rechts.

c) Nun vermag sich allerdings die h. L. auf die §§ 256, 485, 66 ZPO zu stützen, die ein besonderes „rechtliches Interesse" ausdrücklich zur Voraussetzung für die Gewährung der in ihnen geregelten Rechtsschutzverfahren erheben. Insbesondere ist es stets das in § 256 ZPO geregelte Feststellungsinteresse gewesen, an das die h. L. ihre Betrachtungen über das Rechtsschutzbedürfnis anknüpfte. Bereits die Schöpfer des Rechtsschutzbedürfnisbegriffes, Wach und Stein, orientierten ihren Begriff des Rechtsschutzbedürf-

---

1 Vgl. hierüber z. B. Esser, Lehrbuch des Schuldrechts, § 48, 2.
2 Vgl. z. B. RGZ Bd. 145, S. 315; Bd. 147, S. 285; Bd. 152, S. 328; Bd. 160, S. 268.

nisses an dem rechtlichen Interesse der Feststellungsklage. Obwohl die Rechtsprechung und die überwiegende Lehre deren Rechtsschutzanspruch ablehnten, vermochten sie deren Betrachtungsweise doch nie ganz zu überwinden[1], da sie das auf der Grundlage des Rechtsschutzanspruches gewachsene Rechtsschutzbedürfniserfordernis unverändert übernommen hatten. War es dort Voraussetzung des Rechtsschutzanspruchs, d. h. Tatbestandsmerkmal des Rechtsschutzanspruchs und als solches positiv formuliert (etwa so: Ein Recht auf günstiges Sachurteil ist dann gegeben, wenn 1....., 2.....und 3..... ein ausreichendes rechtliches Interesse des Klägers vorhanden ist, oder ein Recht auf ein günstiges Sachurteil hat der Kläger, der 1. ....., 2. ..... und 3. ein ausreichendes rechtliches Interesse daran hat), so wurde es nunmehr von der h. L. als Voraussetzung der Zulässigkeit der Rechtsschutzerteilung mit eben denselben Formulierungen gebraucht. Dabei wurde nicht bedacht, daß jener Rechtsschutzbedürfnisbegriff nicht, ohne zuvor neu überdacht und neu formuliert worden zu sein, unbesehen in eine anders geartete Betrachtungsweise eingebaut werden konnte. Jener Rechtsschutzbedürfnisbegriff Wachs oder Steins mußte, losgelöst von dem einheitlichen Ganzen der Theorie vom Rechtsschutzanspruch, in der neuen Lehre ein Fremdkörper sein. An Hand des positiven Rechts, insbesondere des privatrechtlichen Vorbildes, hätte das Verhältnis von Recht und Interesse zueinander neu überlegt werden müssen.

Auf § 256 ZPO jedenfalls läßt sich die Ansicht, die das rechtliche Interesse als Voraussetzung jeder Rechtsschutzgewährung in der geschilderten Weise sieht, nicht herleiten[2]. § 256 ZPO betrifft lediglich den ganz besonderen Verfahrenstypus der Feststellungsklage. Es erscheint uns als Verstoß gegen die Rechtslogik — denn es gibt kein Argument a minore ad maius —, aus einer Besonderheit einen allgemein-gültigen Satz zu machen. Findet sich vielmehr im Verfahrensrecht keine allgemeine Norm, welche das Interesse zur Voraussetzung der Rechtsschutzerteilung, mit anderen Worten in unserem Sinne zum Tatbestandsmerkmale des Anspruches auf Justizgewährung erhebt, so ist die Stellungnahme des Gesetzes eindeutig. Es verbleibt bei der im Privatrecht ausdrücklich geregelten allgemeinen Beziehung von Recht und Interesse. Auf ein Versehen des Prozeßgesetzgebers zu schließen liegt schon angesichts der Bedeutung des Rechtsschutzbedürfnisses als ein die Gewährung des Rechtsschutzes beschränkendes Moment kein Grund vor.

d) Das Schweigen der Verfahrensgesetze weist uns den Weg zu der richtigen Auffassung. Eine ungekünstelte Betrachtungsweise, welche die oben geschilderte Systematik berücksichtigt, ergibt, daß unsere Rechtsordnung dem Bürger eine Vielzahl von Rechtsschutzmöglichkeiten gewährt und den Bürger gerade dadurch, daß sie ihm diese Möglichkeiten zuerkennt, inzidenter

---

1 Vgl. auch Pohle aaO S. 210.
2 Vgl. auch oben S. 11.

grundsätzlich auch als rechtsschutzbedürftig anerkennt. Sie schafft also mit anderen Worten dadurch, daß sie Verfahrenstypen zum Schutze der Rechte des Einzelnen aufstellt, ein Indiz für dessen Bedürfnis nach Rechtsschutz. In der Schutzmöglichkeit ist die Bejahung eines Bedürfnisses generell vorweggenommen, das Rechtsschutzbedürfnis des Rechtsschutzsuchenden wird gleichsam vermutet.

Daher hat der Rechtsschutzsuchende grundsätzlich sein Bedürfnis an dem Schutz durch die staatlichen Gerichte nicht in jedem Falle besonders vorzutragen, es wird ihm vielmehr als das Normale, Regelmäßige zugute gehalten. Nach unserer Auffassung stellt die Fragestellung nach einem Rechtsschutzbedürfnis sich folglich als Versuch dar, jene zugunsten des Bürgers bestehende Vermutung zu widerlegen. Die Widerlegung geht zu Lasten dessen, der sie versucht.

Etwas anderes gilt nur in den Fällen der §§ 256, 485, 66 ZPO, da dort das Gesetz ausdrücklich diese Regel durchbricht. Dort wird nicht zugunsten des Einzelnen ein Rechtsschutzbedürfnis vermutet, hier wird vielmehr die Ausnahme vom Gesetz ausdrücklich besonders gefordert. Die Bedeutung dieser Durchbrechung der allgemeinen Regel soll nicht verkannt werden; sie darf jedoch auch nicht so stark überschätzt werden, daß man — wie heute allgemein üblich — in ihr die Regel sieht. Nur im Wege vorsichtiger Analogie läßt sich in den §§ 256, 485, 66 ZPO zum Ausdruck gekommene Durchbrechung auf rechtsähnlich gelagerte Tatbestände anwenden. Hierher (§ 66 ZPO) dürfte etwa der Fall der gewillkürten Prozeßstandschaft gehören[1]. Darüber hinaus mag dies auch in besonders typischen Fällen, in denen der Mangel eines rechtlichen Interesses eindeutig zu sein scheint (z. B., wenn trotz Vorliegens eines vollstreckbaren Titels erneut geklagt wird), zulässig sein, dem Einzelnen die Begründung seines trotzdem bestehenden Rechtsschutzbedürfnisses aufzuerlegen. Man muß sich jedoch dabei im klaren sein, daß dies nur deshalb geschieht, weil sich hier der Rechtsschutzbegehrende seines vermuteten Rechtsschutzbedürfnisses selbst begeben, d. h. es selbst widerlegt hat oder weil es durch den Hinweis auf den bereits vorhandenen vollstreckbaren Titel widerlegt ist[2].

Es ist nun trotz aller theoretischen Gegensätzlichkeit erstaunlich, in welch hohem Maße sich die Rechtsprechung trotz einem anderen Ausgangspunkt unserer Ansicht nähert. Tatsächlich wird nämlich in aller Regel ein Rechtsschutzbedürfnis des Rechtsschutzsuchenden vermutet und nur in dem positiv-rechtlich geregelten oder in den diesen im Wege der Rechtsanalogie gleichgestellten Fällen dem Antragsteller der Nachweis seines rechtlichen Interesses auferlegt. Bei den übrigen Verfahrenstypen aber wird es als von vornherein vorhanden unterstellt und lediglich bei Vorliegen ganz besonderer Umstände, also wohlgemerkt ausnahmsweise, zum Gegenstand der

1 Vgl. dazu auch Pohle aaO S. 195 N. 1 mit Hinweisen, S. 211.
2 Siehe aber auch unten S. 54 f.

gerichtlichen Verhandlung gemacht. Und ebenso wird in der Praxis in aller Regel auch nicht etwa die Existenz eines Rechtsschutzbedürfnisses im Einzelfall hervorgehoben, sondern nur sein Mangel. So vermittelt die Praxis selbst die richtige Ansicht, was die Regel und was die Ausnahme darstellt.

Somit ist bereits ein, auch für die geforderte Abwägung interessierender, überkommener Irrtum überwunden.

c) Als *Ergebnis* kann festgehalten werden, daß dem Rechtsschutzbegehren des Einzelnen regelmäßig ein Schutzbedürfnis zugrundeliegt, das keiner Prüfung bedarf, daß dies vielmehr nur in seltenen Ausnahmefällen zu geschehen hat und tatsächlich auch geschieht. Als Ausnahme sind jene Fälle eng begrenzt, keinesfalls ist ihnen grundsätzliche Bedeutung zuzumessen. Wir sehen mit dieser Auffassung die Bedeutung des Rechtsschutzbedürfnisses gerade umgekehrt als Schönke. Für ihn beherrschten überindividuelle, allgemeine Rechtsgüter unsere Rechtsschutzverfahren. Er gelangte daher von Anfang an auf den irrigen Weg, den die Interessen der Allgemeinheit beinhaltenden Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses in den Vordergrund zu stellen. Da es Sinn und Zweck des Rechtsschutzbedürfnisses ist, die Gewährung eines lückenlosen Rechtsschutzes zu begrenzen und einzuschränken, erhielt bei ihm die Einschränkung des Rechtsschutzes das Primat. Gerade die letzte Folgerung aus der Theorie Schönkes mußte angesichts ihrer offensichtlichen Unrichtigkeit abschrecken. Richtigerweise hat jede Betrachtung des Rechtsschutzbedürfnisses von dem Prinzip der Rechtsschutzgewährung auszugehen. Die lückenlose Rechtsschutzgewährung hat das Primat. Deshalb kann das die Rechtsschutzerteilung beschränkende Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses als die dem Grundsatz entgegenwirkende Kraft nur zweitrangige Bedeutung haben. Es kann Wirkungen auf die Rechtsschutzgewährung nur insoweit entfalten, als dies mit dem Grundsatz der Rechtsschutzerteilung und mit der dem Recht des Einzelnen auf Rechtsschutz korrespondierenden Rechtsschutzgewährungspflicht des Staates vereinbar ist.

Die von Schönke zu Beginn seiner Ausführungen aufgestellte These[1], der Einzelne dürfe Zeit und Kräfte der staatlichen Gerichte nur dann und nur insoweit entfalten, als dies mit dem Grundsatz der Rechtsschutzerteilung bestehe, ist nach dem Gesagten nunmehr etwa folgendermaßen zu formulieren:

> Der Einzelne hat das Recht, die Gerichte zum Schutze seiner Rechte in Anspruch zu nehmen, es sei denn, daß es ihm ausnahmsweise an einem rechtlichen Interesse, einem Rechtsschutzbedürfnis hierfür mangelt.

Diese Formulierung ist dem rechtsschutzbeschränkenden Wesen des Rechtsschutzbedürfnisses entsprechend negativ, wie ja auch in Wahrheit nicht der positive Bestand eines Rechtsschutzbedürfnisses, sondern lediglich sein

---

1 aaO S. 13.

Mangel interessiert. In ihr wird ferner die sekundäre Bedeutung des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses sichtbar, und sie hindert schließlich den Irrtum, das Rechtsschutzbedürfnis stelle eine Prämisse der Rechtsschutzerteilung dar, deren Nachweis dem Einzelnen obliege. Sie bringt vielmehr die für den Rechtsschutzsuchenden sprechende Vermutung seines Schutzbedürfnisses zur Geltung und weist endlich dem Rechtsschutzbedürfniserfordernis seinen richtigen systematischen Platz als Ausnahmetatbestand gegenüber der Regel der lückenlosen Rechtsschutzgewährung zu.

2. *Das Rechtsschutzbedürfniserfordernis - ein ausschließlich prozessual, frei von materiell-rechtlichen Erwägungen der Begründetheitsprüfung der Rechtsschutzbegehren zu bestimmender Tatbestand - zugleich eine Auseinandersetzung mit Allorio*[1].

Wie in den vorstehenden Ausführungen soll auch in den folgenden eine weitere Präzisierung des Begriffes des Rechtsschutzbedürfnisses angestrebt werden. Unsere jetzigen Erörterungen bemühen sich aber — um dies nochmals zu betonen — nur noch um den richtigen Inhalt des Rechtsschutzbedürfnisses; an der grundsätzlichen Legitimität dieses Begriffes wird nicht mehr gezweifelt.

a) Im Gegensatz hierzu leugnet in jüngster Zeit Allorio[2] vornehmlich unter dem Eindruck einer uferlosen Ausdehnung des „interesse ad agire" des italienischen Rechtskreises die Berechtigung des Rechtsschutzbedürfnisses überhaupt. Seine Kritik, die sich den Rechtsschutzbedürfnisbegriff Schönkes zum Vorwurf nimmt, stimmt mit der hier vertretenen Auffassung in vielem überein; so insbesondere, wenn Allorio ausführt, daß in den verschiedenen Typen des richterlichen Eingreifens „wie angeboren[3]" das Element des Interesses enthalten sei oder daß „das Werturteil über die Existenz des Interesses mit der Tatsache der Zulassung des Schutzes ausgesprochen[4]" sei. Ihm kann jedoch dann nicht gefolgt werden, wenn er dieses Interesse gleichsam als vom Gesetzgeber unwiderleglich vermutet betrachtet, und zwar in dem Sinne, daß es in keinem Falle möglich sein könne, jenes Interesse gesondert nachzuprüfen und gegebenenfalls seinen Mangel festzustellen. Verfolgt das Rechtsschutzbedürfnis das Ziel, im Bereiche des Verfahrensrechts der bona fides im weitesten Sinne für einen bestimmten Teil der im Verfahren möglichen Parteihandlungen Geltung zu verschaffen, so kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber das Erreichen dieses Zieles verboten hat. Auch die gerichtliche Geltendmachung eines

---

1 Enrico Allorio, Rechtsschutzbedürfnis?, ZZP 67. Bd., S. 321 ff, insbes. S. 323 f.
2 aaO.
3 aaO S. 324.
4 aaO.

Rechts kann gegen Treu und Glauben verstoßen. Es gibt keinen entscheidenden Gesichtspunkt, diesen tragenden Grundsatz unserer Rechtsordnung nicht auch für das verfahrensmäßige Verhalten des Einzelnen anzuerkennen. Es darf insoweit auf oben verwiesen werden.

Notwendig ist es aber, den Begriff des Rechtsschutzinteresses in dem von uns vorgeschlagenen Sinne zu definieren. Man kann dies an folgendem Beispiel erläutern: Wenn auch dem Kläger einer Leistungsklage schon deshalb von vornherein ein Rechtsschutzinteresse zuzugestehen ist, weil er zur zwangsweisen Vollstreckung eines gerichtlichen Titels bedarf, so kann sein prozessuales Vorgehen dennoch — wohlgemerkt aber nur ausnahmsweise — einmal unredlich oder treuwidrig, d. h. für ihn ohne Interesse sein. Beispiele hierfür bieten u. a. die Fälle, in denen der Rechtsschutzsuchende, obwohl ihm andere und gleichwertige, dabei aber einfachere und billigere Verfahrenswege zur Verfügung stehen, gerade den mühsamsten, teuersten oder umständlichsten wählt. Gerade diese praktisch sehr wichtige Fallgruppe verschweigt Allorio völlig[1]. Dabei kann nicht behauptet werden, der Gesetzgeber habe auch hierüber bereits „sein Werturteil" mit der Zulassung des Schutzes, d. h. mit der Zurverfügungstellung des teureren und mühsameren Verfahrenswegs überhaupt schon ausgesprochen.

Im übrigen aber fordert Allorio am Ende seiner Untersuchungen[2] dazu auf, „für die Zurückdrängung des Rechtsmißbrauches in den Parteihandlungen" einzutreten. Dies suchen wir ja mit unserem Rechtsschutzbedürfnisbegriff für einen Teil der Parteihandlungen gerade zu erreichen. Auch uns geht es nicht mehr darum, „für jeden einzelnen Akt die positive Darlegung des Vorhandenseins eines Interesses an seiner Vornahme zu verlangen[3]". Selbstverständlich sind auch wir uns der Gefahr der Willkür bewußt, die in einer zu weit gefaßten Mißbrauchsabwehrklausel steckt, und wir anerkennen gern, daß eine Entscheidung darüber, was nun eigentlich schon rechtsmißbräuchlich und was es noch nicht ist, letztlich nur in jedem einzelnen Fall gesondert entschieden werden kann. Sicherlich ist das, was Schönke über die Schutzunwürdigkeit des prozeßfremden Zweckes schreibt, nicht immer geeignet, ein sicheres Kriterium zu bieten, da Schönke von der unrichtigen Anschauung, der Beschränkung des Rechtsschutzes komme primäre Bedeutung zu, ausgeht und daher zu einer allzu weiten Ausdehnung des Begriffes Schutzunwürdigkeit gelangt. Andererseits aber dürfen uns die Schwierigkeiten, die einer richtigen Bestimmung dessen, was rechtsmißbräuchlich ist, entgegenstehen, nicht davon abhalten, eine Abgrenzung wenigstens zu versuchen. Das Verbot der Rechtsmißbräuchlichkeit ist dem deutschen Rechtskreis, auch dem Verfahrensrecht[4], seit langem gebräuchlich. Wenigstens im Gebiete des Privatrechts ist dieses Verbot von Rechts-

1 Dies bemerkt auch Baumgärtel ZZP 67. Bd. (1954) S. 428 N. 46 b.
2 aaO S. 342.
3 So Allorio aaO.
4 Vgl. die oben S. 34 N. 2 angeführte Lit.

lehre und Rechtsprechung innerhalb des Grundsatzes von Treu und Glauben eingehend erörtert worden. Es ist zwar richtig, daß die Rechtssicherheit eine möglichst klare Umschreibung dessen, was wir unter der bona fides verstehen, erfordert. Da wir aber in jedem Falle der Annahme eines rechtsmißräuchlichen Vorgehens eine Abwägung dieses Verstoßes mit der Rechtsschutzgewährungspflicht des Staates fordern, dürften wir die Warnung Allorios vor der Willkür gebührend berücksichtigt haben. Jedenfalls sehen wir eine Gefahr für die Rechtssicherheit nicht mehr, denn mit der Einführung des Redlichkeitsgebotes wird dem Richter nicht die Macht verliehen, nach billigem Ermessen in die verfahrensrechtlichen Befugnisse des Einzelnen einzugreifen und nach seinem subjektiven Rechtsgefühl willkürlich das Verfahren zu gestalten. Bereits das Gebot einer Abwägung bietet ja die Gewähr, daß nur objektiv feststehende, schwerwiegende Verletzungen der bona fides das vorrangige Recht des Einzelnen auf Rechtsschutzgewährung beschränken können.

b) Bei aller ablehnenden Haltung bringt Allorio jedoch einen für die Präzisierung des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses wertvollen konstruktiven Beitrag.

Im Verlaufe seiner Auseinandersetzung mit dem „interesse ad agire", das Redenti[1] mit der „Verletzung oder dem Zustand der Unbefriedigtheit" (des privaten Rechts) identifiziert, entdeckt Allorio, daß das Fehlen dieses so definierten Interesses, also die Nichtverletzung oder der Zustand der Befriedigtheit des privaten Rechts, eigentlich die Frage der Existenz oder Nichtexistenz des im Verfahren zur Geltung gebrachten materiellen Rechts betrifft, somit folglich der Begründetheitsprüfung angehört.

Diese Feststellung Allorios müßte nicht weiter verfolgt werden, wenn die Definition Redentis allein auf das italienische Recht beschränkte Bedeutung hätte. Allein schon für Wach[2] und besonders für Stein[3] liegt die Begründung eines Rechtsschutzinteresses in der Verletzung (Wach) oder Beeinträchtigung (Stein) des privaten Rechts. Stein fordert, das Rechtsschutzbegehren müsse objektiv geeignet sein, dem Begehrenden über eine bestehende oder zu besorgende Beeinträchtigung seiner Rechtslage hinwegzuhelfen[4]. Auch hier also bemerken wir eine Gleichschaltung des Rechtsschutzbedürfnisses mit der rechtlichen Existenz des mit dem Rechtsschutzbegehren geltend gemachten materiellen Rechts.

Auch bei Schönke finden wir dieselbe Verknüpfung wieder. Schönke[5] erklärt zwar vorab, es müsse ein prozessuales Interesse vorliegen, das Rechtsschutzinteresse sei nicht identisch mit dem privatrechtlichen Anspruch; er fährt dann aber alsbald abweichend fort, „ein Interesse, das sich aus den

---

1 Redenti, Diritto processuale civile I, 1952, S. 62 f zit. nach Allorio aaO.
2 Der Feststellungsanspruch aaO S. 23: Handbuch I aaO S. 20.
3 Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes aaO S. 399.
4 aaO.
5 aaO S. 23.

Normen des Privatrechts ergebe, sei ein wesentliches Element für das Rechtsschutzbedürfnis".

Schließlich wird noch deutlicher, welcher Einfluß auf das Rechtsschutzbedürfniserfordernis der materiellen Rechtslage zukommen soll, wenn man beispielsweise die allgemein vertretenen Sätze heranzieht, für eine Leistungsklage sei regelmäßig mit dem Bestehen und der Fälligkeit des Anspruches, für eine Gestaltungsklage regelmäßig deshalb, weil jene Gestaltungsrechte nur durch Gestaltungsklage ausgeübt werden könnten, ein Rechtsschutzbedürfnis gegeben.

Weshalb — so muß man mit Allorio angesichts dieser Identität des Rechtsschutzbedürfnisses mit der materiellen Rechtslage richtigerweise fragen — sollte das Rechtsschutzbedürfnis ein eigenständiges prozessuales Erfordernis der Zulässigkeit eines Rechtsschutzbegehrens sein, wo es doch offenbar „einfach ein Aspekt des materiellen Rechts ist[1]"?

In der Tat wäre das Rechtsschutzbedürfniserfordernis ein unnützer Ballast unserer Verfahrensrechtslehre, beträfe es lediglich Fragen, die bei der Begründetheit des geltend gemachten Rechts zu prüfen sind; ja es wäre sogar ein unverständliches Vergehen gegen die Struktur unserer Verfahren, im Bereiche der Zulässigkeitsprüfung die Begründetheit des mit dem Begehren zur Geltung gebrachten materiellen Rechts zu prüfen und zu entscheiden, nur um daraus die Unzulässigkeit des Begehrens folgern zu können. Jedermann wird sofort einräumen müssen, daß ein solches Vorgehen schon deswegen, weil es völlig unwirtschaftlich ist und keineswegs der zu fordernden sauberen Trennung von Zulässigkeitsprüfung und Begründetheitsprüfung entspricht, nicht richtig sein kann. Und doch wurden solche Fehler nicht nur von den zitierten Autoren, sondern auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung gemacht. Man betrachte nur folgendes von Schönke angeführtes Beispiel, dem eine Entscheidung des Reichsgerichts[2] zugrundeliegt: Eine mutwillige Rechtsverfolgung, die wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses zurückzuweisen sei, soll dann vorliegen, wenn der Kläger „auf Grund einigermaßen sicherer Feststellung" überzeugt sein müsse, daß seine Klage unbegründet ist. Hier wird nichts anderes gefordert, als daß der Feststellung der Unzulässigkeit des Begehrens wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses die Feststellung der Unbegründetheit des Begehrens vorauszugehen habe[3]; aus der Unbegründetheit wird hiernach die Unzulässigkeit hergeleitet, mit anderen Worten, die Existenz oder Nichtexistenz des geltend gemachten materiellen Rechts ist ausschlaggebend für die Entscheidung über das Rechtsschutzbedürfnis. Ebenso ist es, wenn Klagen, die auf die Verurteilung zu einer unmöglichen Leistung gerichtet sind — wobei wohlgemerkt nur das materiell-rechtliche Ziel nicht erreicht werden kann, wohl aber an sich eine Verurteilung hierzu — wegen Fehlens eines Rechtsschutzbedürfnisses

1 So Allorio aaO S. 330.
2 RGZ Bd. 169 S. 226; so auch Rosenberg aaO § 85 II 2 b.
3 Dagegen wendet sich vor allem Baumgärtel aaO S. 430.

als unzulässig und nicht als unbegründet zurückgewiesen werden sollen[1]. Das gleiche ist auch dann der Fall, wenn Verurteilung zu einer sittenwidrigen Leistung begehrt wird[2] oder eine gerichtlich nicht erzwingbare, unvollkommene Verbindlichkeit geltend gemacht wird[3]. Gleiches gilt auch, wenn es einem gerichtlich verfolgten Unterlassungsanspruch an der Rechtsgefährdung oder Wiederholungsgefahr mangelt und die darauf gestützte Klage nach der richterlichen Feststellung dieser u. E. materiell-rechtlicher Mängel wegen Fehlens eines Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig und nicht als unbegründet abgewiesen werden soll[4]. Sämtliche der angeführten Mängel sind eindeutig im materiellen Recht begründet und ausschließlich bei der Begründetheitsprüfung zu berücksichtigen, will man nicht in die geschilderten Fehler verfallen.

Das Rechtsschutzbedürfnis erfaßte jedoch auch in der bisherigen Erörterung in Lehre und Rechtsprechung nicht nur Mängel, die im materiellen Recht begründet sind. Sein Inhalt reicht weiter, ja nach unserer Auffassung liegt seine Bedeutung gerade und ausschließlich in der Erfassung rein prozessualer Mängel. Allorios Feststellungen zwingen uns daher nicht, das Rechtsschutzbedürfniserfordernis als überflüssiges (als bloßen Aspekt des materiellen Rechts) Ballast abzuwerfen und in toto abzulehnen. Daß Allorio grundsätzliche Zweifel an der Berechtigung des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses überhaupt äußern konnte, liegt allein darin, daß er, beeinflußt von den zitierten Autoren, nurmehr solche Mängel sah, die in Wahrheit gar nicht der Rechtsschutzbedürfnisprüfung zugehören, sondern im Gegenteil bei der Prüfung der materiell-rechtlichen Begründetheit zu berücksichtigen sind und darüber alle die Fälle, in denen der Mangel allein auf prozessualer Ebene liegt, übersah.

Allorios Überlegungen gebieten jedoch, das Rechtsschutzbedürfniserfordernis von materiell-rechtlichen Erwägungen freizuhalten. Der Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses kann sich — soll dieser Begriff nicht überflüssig sein und zu einem unüberschaubaren Durcheinander von Fragen der Zulässigkeit und der Begründetheit eines Begehrens führen — nicht auf einen Mangel des materiellen Rechts gründen. U. E. ist der Umstand, daß die h. L. das Erfordernis einer sauberen Trennung von materiell-rechtlichen und prozessualen Fragen nicht erfüllte, auch hier letzten Endes wieder auf die Theorie vom Rechtsschutzanspruch zurückzuführen, dessen sich teilweise überschneidenden und teilweise auf prozessualem, teilweise auf materiellem Recht gründenden Voraussetzungen der Rechtsschutzfähigkeit

---

1 So Schönke aaO S. 33 f.
2 Schönke aaO.
3 Wie Pohle aaO S. 213 richtig bemerkt, ist es Aufgabe des materiellen Rechts, zu entscheiden, wann und inwieweit ein Recht überhaupt besteht; vgl. weiter hierzu Pohle aaO S. 215 f mit Hinweisen.
4 Letzteres müßte u. E. aber geschehen, da die Wiederholungsgefahr materiell-rechtliches Tatbestandsmerkmal des Unterlassungsanspruches (z. B. nach den §§ 12, S. 2, 862, Abs. 1, S. 2, 1004, Abs. 1, S. 2 BGB) ist, also die materiell-rechtliche Begründetheit des Anspruchs betrifft. Doch ist dies sehr strittig. Die Rspr. scheint eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses, also der Zulässigkeit anzunehmen, vgl. Stein-Jonas-Schönke aaO IV 2 a vor § 253 mit Hinweisen.

und des Rechtsschutzbedürfnisses die h. L. auch hier nicht überwunden hat. Heute aber wenigstens sollte sich die Prozeßrechtslehre von dem damaligen zivilistischen Denken gelöst haben und endlich anerkennen, daß der prozessuale Begriff Rechtsschutzbedürfnis unabhängig von der Existenz des mit dem Begehren zur Geltung gebrachten materiellen Rechts geprüft und entschieden werden muß. Zumindest müßte es einleuchten, daß andernfalls mit der Entscheidung über das Rechtsschutzbedürfnis stets zugleich die Entscheidung über die sachliche Begründetheit des Begehrens mit gefällt würde und damit, ganz abgesehen von der dabei anzustellenden unwirtschaftlichen Verfahrensweise, der geordnete Aufbau unserer Verfahren und die gesicherte Trennung von Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung zerstört würde. Schließlich könnte man, wenn man schon die Begründetheit des materiellen Rechts bei der Rechtsschutzbedürfnisprüfung untersucht, überhaupt stets die sachliche Nachprüfung des Begehrens, seine Begründetheit und somit die Sachentscheidung selbst zur Vorfrage der Zulässigkeit machen. Die Folge müßte letztlich — führt man diese Überlegung konsequent zu Ende - sein, daß Rechtsschutzbegehren überhaupt nicht mehr als unbegründet, sondern nur noch wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses abgewiesen werden, sobald das Gericht im Verfahren die Unbegründetheit des geltend gemachten materiellen Rechts feststellt[1].

Die richtige Folgerung aus all diesen Überlegungen ist, daß materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Mängel scharf zu trennen sind und die ersteren bei der Begründetheit der Rechtsschutzbegehren zu prüfen sind, während für das Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses nur prozessuale Mängel maßgeblich sein können. Das Rechtsschutzbedürfnis umfaßt daher lediglich die Abwehr mißbräuchlicher Parteihandlungen, deren Mangel auf prozessualem Gebiet liegt. Das bedeutet, daß es keinen Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses begründet, wenn die Unredlichkeit (in weitestem Sinne gebraucht) allein auf das mit dem Rechtsschutzbegehren geltend gemachte materielle Recht des Einzelnen einwirkt und nicht das spezifisch Verfahrensrechtliche des Vorgehens des Einzelnen betrifft. Im Einzelfall hat also der Richter, der einen Verstoß gegen die bona fides während des Verfahrens feststellt, zu fragen, ob dieser Verstoß sich in seinen Auswirkungen auf den prozessualen Rechtsbereich erstreckt und gerade das prozessuale Verhalten des Einzelnen als unredlich erscheinen läßt, oder ob dieser Verstoß nur den Bestand des materiellen Rechts beeinträchtigt. Es mag zugegeben werden, daß es mitunter schwierig sein kann, festzustellen, ob der Verstoß das materielle Recht oder ob er das prozessuale Handeln betrifft. Liegt der Verstoß darin, daß der Einzelne nicht den einfacheren, billigeren und daher angemesseneren Verfahrensweg beschritten hat, so liegt er unzweifelhaft auf verfahrensrechtlichem Gebiet; das materielle Recht ist insoweit nicht beeinträchtigt. In anderen Fällen wird sich das mißbilligte Verhalten oft sowohl auf das materielle Recht als auch auf die prozessuale Befugnis be-

1 Vgl. auch Pohle aaO S. 213.

ziehen, zumal eine enge Verbindung zwischen dem Recht selbst und seiner Verwirklichung besteht, die jeden Mangel hinsichtlich der gerichtlichen Verwirklichung häufig als Mangel des Rechts selbst oder umgekehrt erscheinen läßt. Da eine Abgrenzung getroffen werden muß, scheint uns die am besten, die darauf abstellt, auf welchem Rechtsgebiet der Schwerpunkt des Verstoßes liegt, d. h. wo dessen Wirkungen selbständig eintreten[1]. So ist, wenn z. B. der Kläger die Verurteilung zu einer unsittlichen oder unmöglichen Leistung begehrt, nur ein materiell-rechtlich bedeutsamer Verstoß anzunehmen, wenngleich auch die gerichtliche Geltendmachung eines solchen Anspruches zu mißbilligen ist. Letzteres ist jedoch nur eine unselbständige Folge, eine Reflexwirkung[2] des ersteren und die Klage daher als unbegründet abzuweisen. Umgekehrt verhält es sich z. B., wenn der Kläger einen bestehenden Anspruch pfennigweise einklagt. Hier betrifft der Verstoß das prozessuale Vorgehen des Klägers, während die materiell-rechtliche Existenz der Forderung wegen der gewählten Art ihrer prozessualen Verwirklichung nur entfernt berührt wird. Auf diese Weise ist auch in anderen Fällen abzugrenzen. Als praktische Regel kann gelten, daß ein im materiellen Rechtsbereich liegender Verstoß stets dann anzunehmen ist, wenn sonst die Entscheidung über die Begründetheit des Anspruchs zur Vorfrage der Zulässigkeitsprüfung gemacht werden müßte[3].
Mit dieser Einschränkung ist der Forderung, den Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses eng zu halten und ihm allen unzulässigen und unnützen Ballast abzunehmen, den er im Laufe seiner Anwendung aufgenommen hat, weiter Rechnung zu tragen. Ein dritter und letzter Versuch einer Präzisierung dieses Begriffes soll sich im folgenden anschließen.

3. *Die Subsidiarität des Rechtsschutzbedürfnisbegriffs*[4]

Auch wenn wir den Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses ausschließlich prozessual bestimmen, bietet sich noch eine weitere Möglichkeit, das Rechtsschutzbedürfnis zu begrenzen. Ausgangspunkt ist die Überlegung, daß bereits das geschriebene Verfahrensrecht eine große Anzahl von Sicherheiten kennt,

---

1 Vgl. auch Baumgärtel aaO S. 431 f, der darauf abstellt, auf welchem Rechtsgebiet der durch das rechtsmißbräuchliche Vorgehen drohende Nachteil liegt.
2 Siehe Baumgärtel aaO S. 433.
3 Versteht man das Rechtsschutzbedürfniserfordernis mit uns ausschließlich als gerichtliche Maßnahme zur Abwehr unredlichen Verhaltens gegenüber dem Gericht und nur gegenüber diesem, nicht gegenüber der anderen Partei, so leuchtet diese Abgrenzung um so eher ein, als ja materiell-rechtliche Mängel sich nur gegen die andere Partei richten können. (Zwischen dem Gericht und den Rechtsschutzsuchenden bestehen keine privatrechtlichen Beziehungen.) Es mag der anderen Partei überlassen bleiben, sich zu wehren, das heißt gegen das mißbräuchliche Verhalten Einwendungen zu erheben und um gerichtliche Hilfe nachzusuchen oder aber es hinzunehmen. Keinesfalls kann richtig sein, daß das Gericht verpflichtet sei, von Amts wegen Tatsachen zu erforschen, die den materiell-rechtlichen Anspruch einer Partei als mißbräuchlich erscheinen lassen. Läge aber insoweit ein Sachverhalt des Rechtsschutzbedürfnisses vor, so müßte das Gericht dies tun.
4 Vgl. weiteres hierzu unten S. 66 ff.

welche die Rechtsschutzerteilung aus verfahrensrechtlichen Gründen einschränken oder wenigstens im Einzelfalle in gewisse Bahnen lenken und unwirtschaftliche Belastungen der Gerichte verhindern. Wie beim Rechtsschutzbedürfniserfordernis spricht man auch bei ihnen von Zulässigkeitsvoraussetzungen. Das bedeutet, daß die Rechtsschutzerteilung in Form der sachlichen Nachprüfung des Begehrens eines Rechtsschutzsuchenden an die Erfüllung gewisser verfahrensrechtlicher Vorbedingungen geknüpft wird. In Anbetracht dieser Gemeinsamkeit liegt die Frage nahe, ob nicht schon die dem positiven Recht bekannten Vorbedingungen der Zulässigkeit für eine Reihe von Fällen ausreichen, ein „redliches" prozessuales Verhalten der Parteien zu gewährleisten und daher insoweit den allgemeinen Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses entbehrlich machen. Unzweifelhaft ist nämlich in erster Linie das geschriebene Recht dafür maßgeblich, wie die Rechtsschutzerteilung zu gestalten ist.

Der Weg über das geschriebene Recht ist zunächst zu wählen, ehe man neue Verfahrenshindernisse schafft oder die allgemeine Vorbedingung des Rechtsschutzbedürfnisses heranzieht. Das Besondere hat Vorrang vor dem Allgemeinen. Indem wir zunächst stets prüfen, ob nicht eine besondere, normierte Zulässigkeitsvoraussetzung den zur Frage stehenden Sachverhalt zu erfassen vermag und gegebenenfalls auf diesen zurückgreifen, erreichen wir, daß der angesprochene Problemkreis plastischer hervortritt, da die dem positiven Recht bekannten Zulässigkeitsvoraussetzungen in aller Regel schon äußerlich den fraglichen Sachverhalt deutlicher kennzeichnen. Auch wird regelmäßig die Auseinandersetzung über die Bedeutung des mißbilligten Verhaltens des Einzelnen auf diese Weise in der Sphäre ausgetragen werden, der sie nach der typischen Eigenart des Verstoßes zugehört. Endlich aber dienen wir damit dem Bestreben nach Begrenzung des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisbegriffs.

a) Welche Fälle können hierher zählen?

Es ist zum Verständnis nicht erforderlich, aus der Fülle der von Pohle[1] in seiner Kritik der h. L. aufgeführten Beispiele eine möglichst große Zahl hier zu nennen. Wir werden auf dieses Problem bei unseren späteren Untersuchungen nochmals zurückkommen. Einige Fälle aus dem Bereich des Zivilprozesses mögen jedoch genannt werden, um unser Anliegen schon hier aufzuzeigen.

aa) Es ist zwar richtig, daß die Inanspruchnahme mehrerer Rechtsschutzwege wie auch verschiedener Verfahrensarten eines Rechtsweges nebeneinander zur Erreichung des gleichen Zieles eine „übermäßige Inanspruchnahme" staatlicher Rechtsschutzeinrichtungen darstellt[2]. Unser Verfahrensrecht kennt jedoch gegen solches Vorgehen eines Rechtsschutzsuchenden spezifische Abwehrmittel in dem Institut der Rechtshängigkeit, §§ 263, 274 Abs. 2 Ziff. 4 ZPO, u. U. auch in dem der Zulässigkeit des Rechtsweges, § 274 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO. Innerhalb dieser besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind die angeführten Sach-

1 aaO S. 212.
2 So Schönke aaO S. 32 f.

verhalte in erster Linie zu untersuchen, nicht zuletzt deshalb, weil erst dadurch die Eigentümlichkeit dieser ganz spezifischen übermäßigen Inanspruchnahme deutlich und erkennbar hervortritt. Im übrigen ist es, soweit jene geschriebenen Zulässigkeitsvoraussetzungen eingreifen können, völlig überflüssig, auf den allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisbegriff zurückzugreifen.

bb) Eine alte Streitfrage ist es, wie die Klage desjenigen, der trotz Vorliegens eines rechtskräftigen Urteils nochmals eine auf das gleiche Ziel gerichtete Klage erhebt, zu behanden ist. Von unserem Standpunkt aus ist es müßig, sich mit den hierzu vertretenen Auffassungen[1] auseinanderzusetzen. Gründe lassen sich für beide der hauptsächlich vertretenen Auffassungen anführen[2]. So ist das prozessuale Verhalten eines solchen Klägers unzweifelhaft (sofern nicht einer der nicht seltenen Ausnahmefälle vorliegt[3]) vom Standpunkt einer redlichen und wirtschaftlichen Prozeßführung zu mißbilligen und eine durch keinen vernünftigen Rechtsschutzzweck gedeckte, übermäßige Inanspruchnahme des Gerichts. Der Staat hat seiner Rechtsschutzgewährungspflicht bereits genügt. Die Rechtssicherheit insbesondere verbietet es, eine weitere sachliche Nachprüfung und Entscheidung des klägerischen Begehrens zuzulassen. Was jedoch eben das Übermaß, das Mißbräuchliche des Verhaltens des Klägers in diesem Falle ausmacht, ist die Tatsache, daß die Tätigkeit des Gerichts, seine Entscheidung, wiederholt gefordert wird, trotzdem bereits eine materiell-rechtskräftige Entscheidung eines Gerichts vorliegt. Daß der Kläger trotz des bereits erlangten Titels ein weiteres Begehren in der gleichen Sache an das Gericht richtet, ist das Typische an dem zu mißbilligenden Verhalten des Klägers. Die materielle Rechtskraft des ersten Urteils steht also im Mittelpunkt der anzustellenden Erwägungen. Sie charakterisiert das Eigentümliche des gerügten Mangels. Deshalb sollte dieses Problem der Lehre von der Rechtskraft zugehören. Ob man wegen des Gedankens, daß die staatlichen Gerichte infolge der Rechtskraft des ersten Urteils nicht zu einer völlig zwecklosen Prozedur in Anspruch genommen werden dürfen, der Theorie, die das Verbot der nochmaligen Verhandlung und Entscheidung überhaupt aus dem Wesen der materiellen Rechtskraft selbst herleiten will, nicht besser folgen sollte, soll von uns hier nicht erörtert werden. Jedenfalls scheint uns eine Subsumtion des hier angesprochenen Sachverhalts unter die besondere Zulässigkeitsvoraussetzung der Rechtskraft richtiger zu sein; vor allem und gerade deshalb, weil so die typische Eigenart des gerügten Mangels deutlicher hervor-

---

1 Siehe die Zusammenfassung bei H. Wolf, Rechtsschutzbedürfnis für Klagen aus vollstreckbaren Ansprüchen, Dissertation Leipzig, 1937, S. 40 ff.

2 Vgl. einerseits z. B. Rosenberg, aaO § 148 II 3 mit Hinweisen. Böttticher, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, 1930, S. 128 ff, andererseits z. B. Stein, aaO § 8 S. 86, Stein-Jonas-Schönke, aaO vor § 253 IV 2 b. RGZ Bd. 16, S. 434; Bd. 88 S. 367.

3 Vgl. hierzu Schönke aaO S. 45 ff.

tritt, als dies mit dem allgemeinen, hier farblos bleibenden Rechtsschutzbedürfnisbegriff geschehen könnte[1].

cc) Die Fälle, in denen es richtigerweise an dem prozessualen Institut der Klagbarkeit mangelt (sofern man nicht schon mit uns für alle im materiellen Recht geregelten Voraussetzungen auch materiell-rechtliche Mängel annimmt) haben wir bereits oben erwähnt[2].

b) Sehr wesentlich ist jedoch, daß die jeweilige, dem allgemeinen Rechtsschutzbedürfniserfordernis vorzuziehende spezifische Zulässigkeitsvoraussetzung das mißbilligte Verhalten des Rechtsschutzsuchenden voll und ganz zu erfassen vermag.

aa) Das früher schon erwähnte Beispiel der gleichzeitigen Erhebung mehrerer Teilklagen mit dem Ziele, die Zuständigkeit des Amtsgerichts zu begründen und die des Landgerichts zu umgehen, bietet einen anschaulichen Fall dafür, daß oft — gegen den äußeren Schein — die spezifische Zulässigkeitsvoraussetzung diesen Anforderungen nicht gerecht wird.

Grundsätzlich ist gegen die Geltendmachung einer größeren Forderung in mehreren Teilklagen nichts einzuwenden[3]. Wenn sie jedoch gleichzeitig erhoben werden, so wird dieses Vorgehen des Klägers in aller Regel eines vernünftigen, prozeßwirtschaftlichen Grundes entbehren und, da es sinnlos ist (vom Standpunkt eines vernünftigen, prozeßwirtschaftlich denkenden Dritten), objektiv dahin auszulegen sein, daß es dem Kläger allein darauf ankommt, das Gericht oder die andere Partei in unredlicher Weise unnötig, d. h. weit über das durch das Recht auf Rechtsschutzgewährung legitimierte Interesse an einer sachlichen Nachprüfung hinaus, zu belasten oder zu schädigen. Zwar hätte das Gericht die Möglichkeit, sämtliche Teilklagen nach § 148 ZPO zu verbinden; doch vermag dies an dem „Übermaß" des klägerischen Verhaltens nichts zu ändern. Zu Recht wird man hier also eine „übermäßige Inanspruchnahme des Gerichts" feststellen können. Wenn nun darüber hinaus die Absicht des Klägers, die nicht abgedungenen Zuständigkeitsregeln zu umgehen, ersichtlich ist und der Kläger dies auch tatsächlich erreichen könnte, so liegt es nach dem Vorhergesagten nahe, das mißbilligte Vorgehen des Klägers im Rahmen der Prüfung der Zuständigkeitsvoraussetzungen (sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts) zu rügen und für sämtliche Teilbegehren die amtsgerichtliche Zuständigkeit zu verneinen. Damit wäre jedoch nur ein Teil, und nicht einmal der eigentliche Kern des unredlichen Verhaltens, sondern nur die beabsichtigte Umgehung der Zuständigkeitsregeln gekennzeichnet. Die Mißbilligung richtet sich jedoch hauptsächlich gegen die Art der gerichtlichen Geltendmachung eines einheitlichen Anspruches in mehre-

---

1 Vgl. dazu auch Pohle aaO S. 216.
2 Siehe oben S. 52 N. 3; hierzu noch Pohle aaO S. 213 ff (215).
3 Siehe zu diesem Beispiel auch Pohle aaO S. 224 f, der die Lösung offenbar in der mangelnden Zuständigkeit des Amtsgerichts sieht.

ren gleichzeitig erhobenen Teilklagen überhaupt; denn wenn Teilklagen nachgewiesenermaßen nur zu dem Zweck erhoben werden, um die andere Partei unnötig zu belasten, so ist ein solches Verhalten ganz unabhängig davon, ob sich schließlich noch zusätzliche Folgen für die Zuständigkeit des einen oder anderen Gerichtes ergeben sollten, schon allein deswegen generell zu beanstanden. Der dem Kläger hier also ganz allgemein zu machende Vorwurf könnte durch eine Verneinung der Zuständigkeit nicht ausgedrückt werden. Daher ist in diesem Falle richtigerweise die Klage wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses abzuweisen.

bb) Zu der gleichen Rechtsfolge kommen wir in den Fällen, in denen die von dem Einzelnen aus einer Mehrheit ihm formal zur Verfügung stehender Möglichkeiten getroffene Wahl einer bestimmten Klage- oder Verfahrensart — wie z. B. die der Leistungsklage anstelle eines Antrags im Kostenfestsetzungsverfahren oder unter gewissen Umständen auch die des Antrages auf Eröffnung des Konkursverfahrens anstelle der Klage oder einer Vollstreckungshandlung — als übermäßig und für das Gericht unzumutbar erscheint und dem Einzelnen daher nur ein ganz bestimmter Klage- oder Verfahrenstyp zugebilligt werden kann. Es wird zumeist sehr schwierig, wenn nicht gar unmöglich sein, diese oder ähnlich gelagerte Fälle unter eine spezielle Zulässigkeitsvoraussetzung zu subsumieren. Deckt aber die spezielle Voraussetzung den festgestellten Sachverhalt nicht, so halten wir es für richtiger, auf den generellen Tatbestand des Rechtsschutzbedürfnisses zurückzukommen, als etwa jene speziellen Voraussetzungen auszudehnen. Dadurch könnte letztlich nur erreicht werden, daß auch diese ihre scharfen Konturen verlören.

So kennen unsere Verfahrensordnungen insbesondere keine speziellen Zulässigkeitsvoraussetzungen, die bei einer Konkurrenz verschiedener Rechtsschutzwege, Klage- oder Verfahrensarten eine Entscheidung für den einfacheren, billigeren und angemesseneren Weg träfen. Weder die Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsweges noch die der Zuständigkeit oder der Rechtshängigkeit regeln dieses Konkurrenzverhältnis[1]. Vor allem kann nicht die Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsweges hier Anwendung finden, denn abgesehen davon, daß es sich hierbei zumeist um verschiedene Typen des gleichen Rechtsweges handelt, ist ein anderer Rechtsschutzweg eben gerade nicht zweifelsfrei ausschließlich zulässig, sondern gerade umgekehrt sollen dem Rechtsschutzsuchenden grundsätzlich mehrere Verfahrens- oder Klagearten zur Auswahl freigestellt sein, und nur unter ganz besonderen Umständen soll eine freie Wahl eingeschränkt oder verhindert werden. Finden sich aber auch insoweit keine speziellen Voraussetzungen, so ist

[1] Anders offenbar Pohle aaO S. 224.

ebenso für diese Sachverhalte auf den allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisbegriff zurückzugreifen.

c) Wenn wir also bislang stets einer weitergehenden Entlastung und Präzisierung des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses das Wort redeten, so möchten wir uns doch andererseits abschließend dagegen wehren, daß der Rechtsschutzbedürfnisbegriff völlig entleert wird. Deshalb wenden wir uns auch dagegen, den Rechtsschutzbedürfnisbegriff in mehrere selbständige Zulässigkeitsvoraussetzungen aufzuspalten[1]. Immerhin fußt dieser Begriff auf einer langjährigen anerkannten Rechtsprechung. Wenn auch eine Korrektur der überkommenen Anschauungen, seines Inhalts und seiner Tragweite notwendig war und ist, so kann dies doch an seiner Geltungskraft grundsätzlich nichts ändern. Es ist nicht nur eine uninteressante terminologische Frage, ob wir die nicht durch besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen erfaßten Verstöße gegen die bona fides im Verfahren unter einem einheitlichen Namen zusammenfassen. Was wäre wohl durch eine enumerative Aufzählung seiner Unterfälle gewonnen? Was nützt es, wenn wir Fallgruppen bilden und diese unter eigenem Namen als selbständige, besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen — wie etwa unter den Begriffen „einverständlicher Scheinprozeß" oder „Mißbrauch der Rechtspflege[2]" (für das Begehren des Querulanten) — gesondert betrachten? Wodurch sollte sich diese Unredlichkeit von anderen, die man etwa als Schikane oder als sittenwidrige Schädigung bezeichnen könnte, unterscheiden? Allenfalls doch nur graduell, keinesfalls jedoch prinzipiell. Ist aber kein einigermaßen bedeutender Nutzen aus einer Zersplitterung des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisbegriffes erzielt, so ist nicht einzusehen, weshalb dies geschehen sollte und wesensmäßig Zusammengehörendes getrennt werden müßte.
Man sollte deshalb trotz aller berechtigten Bemühungen, das Sammelbecken Rechtsschutzbedürfnis zu säubern, nicht in das andere Extrem verfallen, nunmehr den Rechtsschutzbedürfnisbegriff völlig auflösen zu wollen, ohne genügenden Ersatz zu wissen. Die Begriffe Mißbrauch der Rechtspflege, Schikane oder sittenwidrige Schädigung sind ebenso vielschichtig und allgemein gehalten wie der Begriff Rechtsschutzbedürfnis und schon deshalb für eine Konkretisierung nach der Art des Verstoßes nicht sehr geeignet. Belassen wir es deshalb bei dem allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisbegriff.

Damit seien unsere allgemeinen Überlegungen zum Rechtsschutzbedürfniserfordernis abgeschlossen. In den zum Rechtsschutzbedürfnis im Konkurs zu machenden Ausführungen wird sich noch an mancher Stelle Gelegenheit finden, allgemeine, für das Rechtsschutzbedürfnis im gesamten Verfahrensrecht gültige Feststellungen zu treffen.

---

1 Siehe insbes. die Versuche Pohles aaO S. 227.
2 Pohle aaO; Baumgärtel aaO S. 431.

II. TEIL / DAS RECHTSSCHUTZBEDÜRFNIS IM KONKURS

Ehe wir uns einer Einzelfallbetrachtung des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurs zuwenden, soll es nunmehr unsere Aufgabe sein, aus jenen für sämtliche zivilen Rechtsschutzverfahren allgemein gültigen Ergebnissen unserer im ersten Teil festgehaltenen Betrachtungen die für das Spezifische des Konkurses notwendigen Folgerungen zu ziehen. Da wir hierbei vielfach auf bereits Bekanntes zurückgreifen können, dürfen wir uns vielfach kürzer fassen. Wiederholungen sollen soweit wie möglich vermieden werden. Deshalb verweisen wir schon an dieser Stelle in vielen grundsätzlichen Fragen auf unsere allgemeinen Ausführungen im ersten Teil. Es wird sich zeigen, daß wir unseren grundsätzlichen Standpunkt für das Verhältnis des Rechtsschutzsuchenden zum rechtsschutzgewährenden Staat im Grundsatz zwar nicht aufzugeben brauchen, gleichwohl aber — durch besondere, dem Konkurs eigentümliche Merkmale gezwungen — unter einem spezifisch konkursrechtlichen Aspekt in gewissem Umfange neu zu orientieren haben.

1. Abschnitt: Das Wesen des Konkurses — der Konkursgewährungsanspruch

1. Der Grundsatz

Die bedeutsamste Erkenntnis sei vorangestellt:
Die allgemeinen Ergebnisse des ersten Teils können ungehindert im Grundsatz für den Konkurs gelten, denn das Wesen des Konkurses zwingt nicht, das Rechtsschutzbedürfniserfordernis in einer grundlegend anderen Sicht als im Zivilprozeßverfahren zu sehen. Das Verhältnis des Rechtsschutzsuchenden zum Staat ist hier wie dort im Prinzip gleich. Auch im Konkurs erteilt der Staat dem Einzelnen Rechtsschutz für dessen private Rechte, weil es seine Pflicht ist, also des Rechtes des Einzelnen wegen und nicht gnadenweise. Hier wie dort zwingt uns eine historische Betrachtung, die in der Monopolisierung aller Rechtsschutzmöglichkeiten beim Staat und in dem Verbot der Selbsthilfe des Einzelnen endet, jene Pflicht des Staates anzuerkennen und den Schutz der Rechte des Einzelnen zu den Schutzgütern und zum Zwecke des Konkurses zu erheben. Daher hat auch eine konkursrechtliche Betrachtung des Rechtsschutzbedürfnisses von dem Recht des Einzelnen auf Gewährung von Rechtsschutz auszugehen.

Dieses Recht nennen wir Konkursgewährungsanspruch, d. i. das Recht des Einzelnen gegen den Staat auf Rechtsschutzgewährung durch Eröffnung und Durchführung des Konkursverfahrens[1]. Wir verwenden hier absichtlich nicht den Begriff Konkursanspruch, da dieser wegen seiner engen Beziehung zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch mit all den Hypotheken belastet ist, deretwegen wir mit der fast einhelligen Lehre diesen Anspruchstypus ablehnen[2].

Der Konkursgewährungsanspruch ist nicht Gegenstand des Konkursverfahrens, der Konkursgläubiger macht nicht ihn geltend, wenn er die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragt (oder wenn er Klage auf Feststellung seiner streitig gebliebenen Forderung, § 146 KO, erhebt). Über diesen Anspruch wird auch nicht bei der Eröffnung des Konkursverfahrens entschieden wie auf ihn auch der antragstellende Gläubiger seine Antragsbefugnis nicht stützt. Der Konkursgewährungsanspruch wird von keinem der Beteiligten in das Verfahren eingeführt, noch gelangt er in diesem zur Erörterung; er ist nicht Gegenstand des Konkursverfahrens. Er ist vielmehr die Gegenseite der staatlichen Justizgewährungspflicht. Seine Kenntnis ist von hoher Bedeutung für die Auslegung der Normen der Konkursordnung und für die Bewertung der Rechtsstellung des Einzelnen, der ihm vom positiven Recht zugewiesenen Verfahrensbefugnisse zu der Rechtsstellung des staatlichen Konkursgerichts[3]. Denn in ihm drückt sich die von der Rechtsordnung gewollte Wertordung aus, mit deren Hilfe wir die von der Konkursordnung dem Einzelnen oder dem Gericht zuerkannten Verfahrensbefugnisse richtig werten und einstufen können. Er bietet Wesentliches zur Beantwortung der Frage, wessen, des Staates, d. h. der Allgemeinheit oder des Einzelnen Interessen es zu schützen gilt und inwieweit es sich nach dieser Wertordnung rechtfertigen kann, dem Einzelnen trotz einer ihm formal durch das Gesetz erteilten Verfahrensbefugnis den verfahrensmäßigen Erfolg seines Begehrens zu versagen, weil er — mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses — dieses Erfolges nicht bedürfe. Kurzum, der Konkursgewährungsanspruch vermag für die Bestimmung des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses wertvolle Hinweise zu geben, da er grundsätzlich die Rechtsstellung des Einzelnen gegenüber den staatlichen Gerichten kennzeichnet und sowohl die Grenzen der Rechtsstellung des Einzelnen als auch insbesondere die der Machtposition des Staates gegenüber dem Einzelnen aufzeigt.

---

1 Vgl. die Formulierungen bei Böhle-Stamschräder, Konkursordnung, § 71 Anm. 1; bei Lent, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, Studienbuch, § 38 IX.

2 Von den Anhängern dieser Lehre wird der Konkursanspruch als Unterart des Rechtsschutzanspruchs verstanden, vgl. z. B. Langheineken aaO S. 44; Richard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts § 4; F. Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, I. Bd., Die Gläubiger, S. 172 ff; vgl. auch Weismann, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, §§ 20 II, 122 VII. In anderem Sinne gebrauchen die Motive II S. 14 f, 18, 102 f, 117 ff, 330 f (vgl. bei Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 4) den Begriff Konkursanspruch als ein Privatrecht der Gläubiger auf gemeinsame und ausschließliche Befriedigung aus der Konkursmasse, vgl. z. B. A. S. Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen, S. 11 ff; Mandry, Der civilrechtliche Inhalt des Reichsgesetzes, § 28 N. 46; H. Fitting, Reichs-Konkursrecht und Konkursverfahren u. a.; Dagegen besonders Jäger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, S. 64 Anm. 49; Jäger, Komm. z. KO, 6. und 7. Aufl., § 3 Anm. 49, der richtig erkennt, daß dieses Privatrecht das Forderungsrecht des Gläubigers ist.

3 Anders Lent aaO, der ihm nur wenig Bedeutung zumißt.

II. Die Schranken dieses Rechts aus dem Wesen des Konkurses

Ist nunmehr als grundsätzlicher Ausgangspunkt dieser konkursrechtlichen Betrachtungen das Recht des Bürgers auf Konkursgewährung bestimmt, so darf dies doch im Konkurs noch weniger als in den zivilprozessualen Verfahrensarten zu der Annahme verleiten, daß das Verhältnis des Einzelnen zum Staat im Bereiche des Konkurses allein oder doch vorwiegend aus der Sicht des Einzelnen zu sehen sei. Denn im Konkurs verschiebt sich dieses Verhältnis gegenüber anderen Verfahrenstypen, wie etwa denen des Zivilprozesses, weiter zu Gunsten einer Stärkung der allgemeinen Belange. Das individualistische Moment, das dem Begriff Recht auf Konkursgewährung innewohnt, erfährt von vornherein eine wesentliche Schmälerung, denn der Machtbereich dieses Rechts wird entscheidend begrenzt durch das dem Individualismus feindliche Wesen und die allgemeine Zielsetzung des Konkursverfahrens. Aus der besonderen Gestaltung unseres Konkursverfahrens innerhalb des Rechtsschutzsystems ergeben sich die natürlichen Schranken des Rechts des Bürgers, in die er folglich vom Gericht verwiesen werden kann, ohne deshalb in seinen Rechten verletzt zu sein. Diese Schranken aus dem Wesen des Konkurses stellen gleichsam eine Verhaltensnorm für den Rechtsschutzsuchenden auf, an der er seine verfahrensrechtlichen Befugnisse auszurichten hat, soll das Gericht ihm den Erfolg seines Begehrens nicht verwehren dürfen.

Man kann das Konkursverfahren als Reaktion der Rechtsordnung auf den völligen finanziellen Zusammenbruch eines Schuldners bezeichnen[1]. Ein Charakteristikum des Konkursverfahrens ist es, daß dem insolventen Schuldner regelmäßig eine Vielzahl von Gläubigern gegenübersteht. Diesen Sachverhalt hat die Rechtsordnung zum Anlaß genommen, ein — gegenüber der Zwangsvollstreckung — selbständiges, besonderes Verfahren einzurichten. Sie erstrebt damit vornehmlich zwei Ziele: Einmal soll eine möglichst hohe Befriedigung der Gläubiger des insolventen Schuldners gesichert werden, zum andern sämtliche Gäubiger möglichst nach ihren Anteilen gleichmäßig befriedigt werden. Die Konkursordnung erreicht dieses Ziel, indem sie sämtliche vermögensrechtlichen Gläubiger des Schuldners in eine organisierte Gemeinschaft zusammenfaßt und grundsätzlich das gesamte Vermögen des Schuldners einheitlich zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubigergesamtheit erfaßt.

Aus dieser kurzen Beschreibung der Struktur des Konkursverfahrens ergibt sich für dessen Wesen und somit auch für den Inhalt des von diesem Wesen geprägten Anspruchs des Einzelnen auf Gewährung von Konkursrechtsschutz zunächst aus der Sicht der Gläubiger, daß unsere Rechtsordnung das Konkursverfahren nicht in erster Linie für den einzelnen Gläubiger des finanziell zusammengebrochenen Schuldners zur Verfügung stellen will, sondern daß es vielmehr zu allererst den Schutz einer Gläubigervielheit bezweckt und das Recht des Einzelnen in dieser Vielzahl von Gläubigerrechten verschwinden läßt. So läßt sich sagen, daß der Schutz des privaten Rechts des Einzelnen und dessen Verwirklichung und Durchsetzung als Schutzzweck des Konkurses zurücktritt hinter

[1] Vgl. für viele Jäger-Lent Komm. z. KO 8. Aufl. Einl. III. I.

dessen Ziel, eine gemeinschaftliche, gleiche und anteilmäßige Befriedigung aller Gläubiger eines insolventen Schuldners durch zwangsweise Liquidation dessen Vermögens zu erreichen. Selbst wenn wir also das Wesen des Konkurses aus der Sicht des Einzelnen zu verstehen suchen, stellen wir alsbald eine jedem Individualismus feindliche Grundkonzeption des Konkursverfahrens fest. Anstelle der überwiegend individuellen Rechtsschutz bezweckenden Schutzgüter, wie sie in den Regelverfahren der Rechtsschutzerteilung, dem Zivilprozeß und dem Vollstreckungsverfahren, als den Verfahrenszweck bestimmend erscheinen, treten im Konkurs den Zwecken der Allgemeinheit dienende, überindividuelle, öffentliche Schutzgüter stark in den Vordergrund.

Betrachten wir nun die im Konkurs sich darstellende Rechtslage aus der Sicht der Allgemeinheit. Ein Einblick in die Rechtswirklichkeit, wie wir sie bei der Eröffnung des Konkursverfahrens antreffen, vermag den entscheidenden Hinweis auf die ganz konkreten Ziele dieses Verfahrenstypus' zu geben: Einem finanziell zusammengebrochenen Schuldner steht eine Vielzahl von Gläubigern gegenüber, die zwangsläufig als Konkurrenten um das wenige Vorhandene, das in der Regel kaum einem von ihnen zur vollen Befriedigung genügen könnte, kämpfen. Es wird sogleich sichtbar, welche Gründe zur Einrichtung des Konkursverfahrens als zweites selbständiges Befriedigungsverfahren führten. Nicht das Bedürfnis, den auf die geschilderte Weise gefährdeten Anspruch eines einzelnen dieser Gläubiger durchzusetzen, sondern ein außerhalb der Rechtsstellung des einzelnen Gläubigers liegender Gefahrenzustand. Die Durchführung eines Konkursverfahrens soll die Gefahren befrieden, die ein Kampf der Konkurrenten für den Rechtsfrieden mit sich brächte, wollte die Rechtsordnung es zulassen, daß der Kampf nach den Regeln der Zwangsvollstreckung geführt wird. Die Kenntnis der aus der Geltung des Präventionsprinzips erwachsenden Störungen des sozialen Friedens war ein weiterer wesentlicher Anstoß zur Einrichtung des Konkursverfahrens, denn wie oft müßten beispielsweise Arbeitnehmer oder andere Kleingläubiger einem ihnen in der Zwangsvollstreckung zuvorkommenden Großgläubiger weichen. Die ungerechte Behandlung vieler zugunsten einzelner Gläubiger, die Ungleichheit also, wo alle Beteiligten sich in der gleichen Lage befinden, die den Rechtsfrieden zersetzenden Auswirkungen, die nicht das Verhältnis des einzelnen Gläubigers zum Schuldner, sondern die Allgemeinheit belasten, die Sicherheit und der Friede im Wirtschafts- und Sozialleben sind hier angesprochen. Die Formulierung von Baur, der Konkurs als Institution werde unmittelbar durch ein öffentliches Anliegen getragen[1], trifft das Wesen des Konkurses. Die richtige Folgerung daraus ist, daß im Konkurs das Schutzbedürfnis des Einzelnen zurücktritt.

Die gesetzliche Ausgestaltung des Konkursverfahrens erweist dies in mannigfacher Hinsicht. Nur ein öffentliches Anliegen vermag die im Konkurs vorherrschende staatliche Initiative zu erklären. Die Konkursordnung hat an sämtlichen markanten Punkten des Konkursverfahrens das Gericht zur Mitwirkung und Überwachung berufen. Der Gesetzgeber bürdet in diesem Verfahren dem Richter ungleich

1 Baur in Schönke-Baur, Zwangsvollstreckungsrecht und Konkursrecht, § 53 C I 2 mit § 51 I.

größere Verantwortung auf, denn er macht ihm die aktive Mitarbeit am Verfahren zur Pflicht und befiehlt ihm ausdrücklich, durch sein aktives Tun zu verhindern, daß die Zielsetzung dieses Rechtsschutzverfahrens verfälscht und zu konkursfremden, ordnungs- und gesetzwidrigem Streben mißbraucht wird[1].

Auch die Tätigkeit des Konkursverwalters verbleibt in der gerichtlichen Sphäre. Der Konkursverwalter wird durch gerichtlichen Beschluß legitimiert und führt sein „Amt" unter der staatlichen Rechtsaufsicht ohne an Weisungen der beteiligten Gläubiger[2] gebunden zu sein. Er vertritt nicht die Interessen der Gläubiger, sondern erfüllt, über den Beteiligten stehend und nur der rechtlichen Überwachung des Konkursgerichts unterworfen, die ihm zugewiesene öffentliche Aufgabe, das Vermögen des Gemeinschuldners zu liquidieren und alle Gläubiger im Interesse des Rechtsfriedens und der sozialen Sicherheit anteilmäßig gleich zu befriedigen. Mit dem letzteren ist zwar auch ausgedrückt, daß die Befriedigung der Gläubiger Zweck der Tätigkeit des Konkursverwalters (wie im übrigen auch des Konkursgerichtes) ist; gleichwohl aber steht dieser Zweck nicht im Vordergrund, er tritt vielmehr, wie sich aus dem Gesagten zwangsläufig ergibt, zurück hinter dem vornehmlich im Konkurs verfolgten öffentlichen Anliegen.

Die von uns angenommene Stellung des Konkursverwalters, die ihn für die Konkursabwicklung an die Stelle des Konkursgerichts treten und daher der gerichtlichen Sphäre zugehören läßt, beruht darauf, daß man die im Laufe der Rechtsentwicklung auftretenden Schwächen einer ausschließlich gerichtlichen Tätigkeit erkannte und dadurch ausmerzte, daß man einen Großteil der früher allein der gerichtlichen Tätigkeit vorbehaltenen Aufgaben dem mit den wirtschaftlichen Gegebenheiten oft viel besser vertrauten Konkursverwalter zuwies. Die unserem Konkursverfahren eigentümliche Selbstverwaltung geht daher auf eine Delegation staatlicher Aufgaben auf private Amtsträger zurück; die Aufgaben selbst blieben öffentlicher Art, nur die Instanz, die diese öffenlichen Aufgaben zu erfüllen hat, wechselte, aber nicht vollkommen, ja nicht einmal in den dem außergerichtlichen Amtsträger zugwiesenen Aufgabenbereich, da das Gericht erzwingen kann, daß Konkursverwalter, wie auch etwa vorhandene Gläubigerorgane der öffentlichen Zielsetzung des Konkurses dienen.

Eines weiteren Nachweises dessen, daß öffentliche Anliegen den Konkurs tragen, bedarf es nicht. Es ist aber angesichts dieses eindeutigen Ergebnisses um so erstaunlicher, daß die sich darin ausdrückende Strukturverschiedenheit des Konkurses gegenüber der Zwangsvollstreckung, welche die privaten Belange des vollstreckenden Gläubigers ebenso eindeutig in den Vordergrund rückt, bis heute in der h. L. nichts an der begrifflichen Eingruppierung des Konkurses als Gesamtvollstreckung[3] geändert hat. Der Begriff Vollstreckung enthält u. E. begrifflich schon die Wertung, da das Verfahren zu allererst der Verwirklichung des einzelnen Gläubigerrechts dient. Dem Konkurs aber ist dieses Ziel, wenn auch nicht fremd, so doch ein zweitrangiges Anliegen. Wenn daher in jüngster Zeit Bestrebungen im Gange

---

1 Vgl. z. B. §§ 75, 83 KO.
2 Vgl. aber §§ 133 ff KO.
3 So in der Rspr. z. B. RG in LZ 1911, Sp. 557, in LZ 1915, Sp. 359 f; BGH Str. Bd. 3 S. 311; Jäger-Lent aaO Vorbem. 3 zum zweiten Buch mit Hinweisen auf das weitere Schrifttum.

sind, das Konkursverfahren auch rein sprachlich aus der Zwangsvollstreckung auszuklammern und seine Eigenständigkeit im System unserer Rechtsschutzverfahren durch den Namen Liquidationsverfahren[1] zum Ausdruck zu bringen, so kann dies nur begrüßt werden.
Ob und in welchem Umfang die festgestellten Beschränkungen der Rechtsposition des Einzelnen aus dem Wesen des Konkurses weitere, zu den im ersten Teil unserer Erörterungen allgemein mit dem Rechtsschutzbedürfnisbegriff gekennzeichneten Schranken hinzutretende Auswirkungen auf das Verhältnis Einzelner — Staat zeitigen, wird sich im folgenden zeigen.

II. Abschnitt: Die Bedeutung des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurs

I. Allgemeine Erwägungen

1. Theorie und Praxis

Aus der skizzierten Wertordnung im Konkurs folgt notwendig, daß die Stellung des Gerichts als Repräsentant der Allgemeinheit und der öffentlichen Belange gegenüber der Rechtsstellung des Einzelnen im Konkursverfahren ungleich stärker ist als wir hinsichtlich der Regelverfahren des bürgerlich-rechtlichen Rechtsschutzes in unseren allgemeinen Ausführungen im ersten Teil annehmen konnten, daß sich also im Konkurs die Kompetenzen des Gerichts zum Schutze der öffentlichen Belange und der allgemeinen Rechtsgüter erweitern. Man muß eigentlich daraus schließen, daß dem Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses, dem solche Schutzfunktion innewohnt, im Konkurs erhöhte Bedeutung zukommt und man auch auf eine Vielzahl von Beispielen und Entscheidungen in Rechtsprechung und Rechtslehre zurückgreifen kann. In der Theorie mag diese Schlußfolgerung richtig sein, die Praxis jedoch sieht ganz anders aus.
Woran liegt dies? Liegt es daran, daß trotz oder wegen der vervielfachten Zuständigkeiten des Konkursgerichts, Mißbrauch abzuwehren, keine unredlichen oder konkursfremden Verhaltensweisen der Rechtsschutzsuchenden festgestellt werden können, welche die Anwendung des Schutzmittels Rechtsschutzbedürfnis fordern könnten? Sicherlich nicht, denn gerade der Konkurs ist das Verfahren, das einem bestimmten rücksichtslosen Typ von Gläubigern entgegenkommt. Wir meinen beispielsweise den Gläubiger, der sich daraus eine Chance errechnet, daß er mit der endgültigen Liquidation des Schuldnervermögens droht, und der weiß, daß er seine Drohungen mit der Stellung eines Konkurseröffnungsantrages wahrmachen kann. Der Praxis sind zahlreiche solche Beispiele bekannt. Der Gläubiger droht etwa mit dem Konkursantrag, oder er stellt ihn gar und verspricht hierbei dem Schuldner, den Antrag zurückzuziehen, wenn dieser seine Schulden sofort erfülle. So wird

---

1 Vgl. Baur aaO § 51 II mit Hinweis auf Böttticher; so auch schon die Motive II S. 10, 297 (s. Hahn aaO); vgl. auch Münzel, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in der neueren Entwicklung, ZZP 66. Bd., S. 337 f.

der Schuldner gezwungen, neue Schulden zu machen, nur um die Forderung des Gläubigers erfüllen zu können und den drohenden Konkurs abzuwenden, d. h. er muß des Eigennutzes eines Einzelnen wegen andere und sehr oft sehr viele wirtschaftliche Existenzen gefährden und deren soziale Sicherheit bedrohen. Die Fälle ließen sich vermehren, doch wir wollen nicht vorgreifen.

Von gewisser Bedeutung mag auch die zahlenmäßig geringe wissenschaftliche Behandlung des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurs sein. Doch gewiß liegt auch hierin nicht die eigentliche Ursache, da zweifellos die Praxis auch unabhängig von der Wissenschaft die Problematik des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurs aufgegriffen hätte und ja wohl auch hat.

2. *Die Ursachen für die geringere Bedeutung des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurs*

In Wahrheit sind vielmehr andere Gründe entscheidend.

a) Die mustergültige Kodifikation des Konkursverfahrensrechts — die Subsidarität des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses

Tatsächlich ist dies — wir möchten dies als ersten Grund bezeichnen — mit das Verdienst der außerordentlich gescheiten und weitsichtigen Kodifikation des Konkursverfahrensrechts[1]. Die präzise, der tatsächlichen Rechtswirklichkeit, also der geschilderten Katastrophe des Schuldners vieler Gläubiger adäquate Ausgestaltung des Konkursverfahrens läßt viele Streitfragen erst gar nicht aufkommen, zu eindeutig kommen in den Vorschriften der Konkursordnung die vom Gesetzgeber mit dem Konkurs bezweckten Ziele zum Ausdruck.

Das Rechtsschutzbedürfnis hingegen vermag stets nur ein genereller, weitgefaßter und notgedrungen unbestimmter Rechtsbegriff zu sein. Die Konkursordnung gibt uns die Möglichkeit, den Gefahren einer Generalklausel mit all ihren Tücken auszuweichen, denn sie hat die Wertungen, die wir unter dem anonymen Begriff Rechtsschutzbedürfnis nachvollziehen müßten, um die Zielsetzung des Konkursverfahrens gegenüber einem eigennützigen, konkursfremden Streben eines Einzelnen durchzusetzen, bereits ausdrücklich an mancher Stelle vollzogen. Sie enthält exakt umschriebene, spezielle Erfordernisse, wie wir sie vielfach im Zivilprozeßrecht vermissen, sie würdigt insbesondere im Konkurseröffnungsverfahren bereits positiv rechtlich vielfach Tatbestände, welche die herrschende Meinung ansonsten unter den Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses zu subsumieren hätte und — wie noch gezeigt werden wird — bisweilen trotzdem getan hat, obwohl die dem Rechtsschutzbedürfnisbegriff zugrundeliegenden Erwägungen z. Z. ihrer Kodifikation unbekannt waren, die damalige Rechtsauffassung solchen Überlegungen ja sogar feindlich gegenüberstand.

Hier wird eine Brücke zu unseren allgemeinen Ausführungen[2] sichtbar, denn hier entfaltet das von uns vertretene Subsidiaritätsprinzip seine Geltung. Da-

[1] Vgl. zu diesem Werturteil z. B. Baur aaO § 51 III 2.
[2] Siehe oben S. 54 ff.

nach bedürfen wir des ersatzweisen Beistandes der generellen Regelung des Rechtsschutzbedürfnisses dann nicht, wenn Vorschriften, welche die Rechtssituation direkt und speziell erfassen, eingreifen. Gerade im Konkursrecht ist dies oft der Fall, da — wie bereits erwähnt — das Konkursverfahrensrecht zahlreiche wohl abgewogene Einzelbestimmungen enthält, in denen die Zielsetzung des Konkursverfahrens eingefangen ist. Es kann deshalb nur begrüßt werden, wenn im Konkursrecht jener in anderen Rechtsgebieten zu bemerkende Hang von Wissenschaft und Praxis zur Generalklausel in ungleich geringerer Stärke zu beobachten ist.

Schließlich darf auch der Grundsatz, daß die speziellere rechtliche Regelung die generelle derogiert sowie die jeden Juristen ansprechende Empfehlung, daß es wohl besser ist, zuerst einen Blick in das Gesetz und auf die positiv-rechtlichen Entscheidungen des Gesetzgebers zu werfen, ehe man sich in allgemeine Überlegungen wagt, hier zitiert werden.

b) Das mangelnde Bedürfnis für die Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisbegriffes

An diese zuletzt genannten Erwägungen knüpft letztlich auch das an, was als zweiter Grund für das Fehlen einer der sonstigen Behandlung des Rechtsschutzbedürfnisses im Verfahrensrecht gleichkommenden Bedeutung des Rechtsschutzbdürfnisses im Konkursverfahren zu nennen ist.

Es liegt nahe, sich die Frage vorzulegen, ob etwa die Ursache darin zu suchen ist, daß man im Konkursrecht dieses Begriffes nur sehr wenig bedarf, daß es also in aller Regel an der Notwendigkeit eines außerhalb des positiven Rechts gründenden generellen Tatbestandes zum Schutze der öffentlichen Belange mangelt. Die zahlenmäßig relativ unbedeutende Rechtsprechungspraxis — zieht man einen Vergleich mit der zum Zivilprozeß — beantwortet diese Frage mit einem eindeutigen Ja, da für sie für den größten Teil des Konkursverfahrens tatsächlich kein Bedürfnis nach der Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisses besteht. Können aber solche aus der Praxis gewonnenen Erkenntnisse genügen? Auch dies ist zu bejahen. Das Rechtsschutzbedürfnis ist ein Begriff der Praxis. Es ist eine Zweckschöpfung von Lehre und Rechtsprechung, die dazu dienen sollte und diente, eine auf dem Gedankengut eines falsch verstandenen Liberalismus aufgerichtete Barriere gegen das Eindringen der bona fides in das Verhältnis des Einzelnen zum Staat niederzureißen und das berechtigte, legitime Schutzbedürfnis der staatlichen Gerichtsorgane vor Begehren, welche die bona fides mißachten, zu konstituieren. Jede Zweckschöpfung findet aber ihr Ende dort, wo der erstrebte Zweck bereits erreicht oder durch die Rechtsentwicklung überholt wird. Wo Barrieren fehlen, können auch keine eingerissen werden.

Zur Stütze dieser Behauptung müssen wir eine Reihe von Gesichtspunkten, die wir teilweise schon bei der Untersuchung von Zweck und Ziel des Konkursverfahrens nannten, aufzählen. Sie sind größtenteils durch das Wesen des Konkurses bedingt.

aa) Während in den Regelverfahren des Zivilprozesses die Herrschaft der

Parteien nahezu total war und auch weitgehend geblieben ist und die Verhandlungsmaxime gilt, wird das Konkursverfahren von dem Grundsatz der amtlichen Stoffbeschaffung (Untersuchungsgrundsatz oder Offizialmaxime) beherrscht[1]. § 75 KO ermächtigt das Konkursgericht, soweit ein Antrag nicht eigens gefordert wird, sämtliche das Konkursverfahren beeinflussenden Verhältnisse von Amts wegen zu ermitteln und zu klären. Nach der Zielsetzung des Konkurses folgerichtig, ergibt dies eine weitgehende Einflußnahme des Gerichts auf das Verfahren. Das Gericht hat unabhängig von etwaigen Ersuchen der Beteiligten und ohne rechtliche Bindung an deren Anträge oder sonstiges Verhalten (und zwar auch insoweit, als Anträge vorausgesetzt werden) oder deren Übereinkunft die für das Verfahren wesentlichen Tatsachen selbsttätig zu erforschen und sich aus dem so beschafften Stoff seine Meinung zu bilden. Dies gilt insbesondere auch, aber nicht nur, für das Konkurseröffnungsverfahren.

Aus dem der Zuständigkeit des Konkursgerichts zugewiesenen Aufgabenkreis auszuklammern sind zwar weite Teile der Konkursabwicklung. Sammlung, Verwaltung, Verwertung und Verteilung stehen unter dem Prinzip der Selbstverwaltung[2] dem Konkursverwalter und nach Maßgabe der §§ 133—136 KO dem Gläubigerausschuß zu. Besondere Bedeutung gewinnt diese Selbstverantwortlichkeit im Prüfungs- und Feststellungsverfahren der §§ 138 ff, KO. Jedoch auch hier noch wirkt sich der Einfluß des Konkursgerichts aus, wenn es im Wege der Rechtsaufsicht das Verhalten des Konkursverwalters auf seine Ordnungsmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit überwacht (§ 83 KO) und den Konkursverwalter gegebenenfalls zur Beobachtung seiner Pflichten und Aufgaben anhält[3], wozu vor llem auch gehört, daß er die Konkursmasse vor jeder Art von Beeinträchtigung bewahrt[4]. Lenken und leiten kann das Gericht den Konkursverwalter nicht[5]. Hier liegen die Grenzen der richterlichen Einflußnahme, doch gehört ein etwaiger Konflikt zwischen Konkursgericht und Konkursverwalter, wie die Praxis lehrt, der Theorie an. Das Konkursgericht wird somit nicht nur auf dem ihm zugewiesenen Aufgabengebiet durch die Offizialmaxime ermächtigt,aktive Tätigkeit zu entfalten, es greift vielmehr auch in den (und da wir den Konkursverwalter der gerichtlichen Sphäre zugeordnet haben, nicht nur selbsttätig, sondern auch durch die Tätigkeit des Konkursverwalters) der Selbstverantwortlichkeit der Beteiligten überlassenen Bereichen des Konkursverfahrens zumindest durch seine Überwachungsfunktion aktiv in das Verfahren ein.

Auch die amtliche Betreibung des Konkursverfahrens (Offizialbetrieb)[6] ist

---

1 Vgl. für viele Jäger-Weber Komm. z. KO 8. Aufl. § 72 Anm. 4.
2 Vgl. für viele Jäger-Weber aaO Vorbem. 4 zum zweiten Buch.
3 Vgl. Jäger-Weber aaO § 83 Anm. 2.
4 Jäger-Weber aaO § 83 Anm. 1.
5 Vgl. aber auch § 84 KO.
6 Vgl. Jäger-Weber aaO § 72 Anm. 4.

dem Konkursgericht auferlegt[1]. Es gibt daher zum Beispiel auch keine Dispositionsbefugnis der beteiligten Gläubiger über Fristen und Termine und dergleichen.

bb) Aus diesem kursorischen Umriß ist als erstes zu entnehmen, daß das Konkursgericht in weitem Umfang von dem Willen der Beteiligten unabhängig ist und das Verfahren selbst aktiv führt, ohne an den Willen der Beteiligten, wenn das Verfahren eröffnet ist, gebunden zu sein.

Hieraus folgt aber, daß im Konkurs echte Berührungspunkte zwischen Gericht und Einzelnem selten sind. Daraus folgt weiter, daß die Zahl der Angriffspunkte, die ein amtswegiges Einschreiten gegen ein mißbräuchliches Verfahrensverhalten fordern könnten, gering sind. Je stärker die aktive Einflußnahme des Gerichts in einem Verfahren ist, desto geringer ist die Notwendigkeit, verfahrensfremden Parteiwillen zu verdrängen oder abzuwehren und für den Schutz der öffentlichen Belange zu sorgen.

Sind diese Folgerungen erst einmal anerkannt, so führen sie uns zwangsweise dazu, das allgemeine Rechtsschuzbedürfniserfordernis überhaupt nur in den Stadien des Konkursverfahrens als notwendig zu erachten, in denen eine dem Zivilprozeß, das heißt der dortigen Verfahrensstellung des Einzelnen zum Gericht vergleichbare Verfahrenslage vorhanden ist oder, anders ausgedrückt, diesen allgemeinen Begriff nur dort für relevant zu halten, wo der Einfluß des Einzelnen auf das gerichtliche Verfahrensverhalten von spürbarem Gewicht sein kann, wo die Aktivität des Gerichts also von einem bestimmen Verhalten der Beteiligten abhängig oder zu Gunsten der Selbstverwaltung der Gläubiger eingeschränkt ist.

Aus einer Synthese dieses Gedankens und der bereits oben unter a festgehaltenen Gedanken der Subsidiarität und Spezialität des allgemeinen Rechtsschutzbedürfniserfordernisses könnten wir auch sagen, der Rechtsschutzbedürfnisbegriff sei auf diejenigen Verfahrensstadien zu beschränken, wo konkursfremder Individualismus und die Gefahr mißbräuchlichen Verhaltens der Beteiligten trotz der Machtfülle des Staates und der das Konkursverfahren beherrschenden Stellung überhaupt auftreten kann und nicht mit den positiv-rechtlichen Abwehrmöglichkeiten der Konkursordnung wirksam bekämpft werden kann.

Die Rechtsprechungspraxis, wenn sie sich auch nur vereinzelt zu unserem Problem äußert, spiegelt vortrefflich wider, wo eine Notwendigkeit in diesem Sinne gegeben ist, und sie bestätigt unsere Ansicht in diesem Punkte eindeutig. Denn tatsächlich treten für sie Fälle des Rechtsschutzbedürfnisses nur an den Stellen des Konkursverfahrens auf, an denen die Einflußnahme des Einzelnen spürbar ist.

Nun könnte man annehmen, daß diese „Einflußnahme" stets dann gegeben sei, wenn das Gesetz für konkursgerichtliche Handlungen einen Antrag der Beteiligten voraussetzt. Das Antragserfordernis allein begründet jedoch noch nicht die Notwendigkeit, dem Gericht ein neues, außerhalb des

1 Vgl. z. B. § 93 KO.

positiven Rechts gewonnenes Abwehrmittel zur Verfügung zu stellen. Entscheidend muß sein, ob die Konkursordnung den Richter an den geforderten Antrag bindet, oder ob sie ihm einen wenn auch durch die Beschwerdeinstanz nachprüfbaren Ermessensspielraum freigibt. Letzerenfalls vermag das Konkursgericht, ohne sich auf den rechtstechnischen Begriff Rechtsschutzbedürfnis stützen zu müssen, d. h. ohne seine Gedanken in einen Begriff kleiden zu müssen, seine Wahl an den Grundsätzen der bona fides und der zu verwirklichenden Zielsetzung des Konkurses auszurichten. Des Rechtsschutzbedürfnisbegriffs bedarf es in diesen Fällen nicht. Doch gehört dies bereits zu den folgenden Erwägungen.

Nach den letzten Darlegungen ist unsere eingangs gestellte Frage eigentlich umgekehrt zu stellen: Bedarf es angesichts der Machtfülle der staatlichen Gewalt im Konkursverfahren überhaupt noch eines Rechtsschutzbedürfnisbegriffs? Die Frage ist zu bejahen, nur muß dieses Ja auf einen Teilbereich des Konkursverfahrens beschränkt bleiben; wo dieser Teilbereich liegt, ist angedeutet; näheren Aufschluß wird der nunmehr aufzugreifende dritte Grund geben.

c) Das Rechtsschutzbedürfnis ist keine allgemeine Voraussetzung jeder Verfahrenshandlung

Den dritten Grund sehen wir darin, daß der Rechtsschutzbedürfnisbegriff ein rechtstechnischer Begriff ist, der nach seinem Inhalt und Sinn auf viele Arten verfahrensmäßigen Vorgehens unanwendbar ist.

Schon seine Beziehung zur Rechtsschutzgewährung wirkt auf seine Anwendbarkeit einschränkend. Nicht jede Verfahrenshandlung der Beteiligten soll seiner Kontrolle unterliegen, sondern nur diejenige, die in einer direkten Beziehung zu der Rechtsschutzgewährung als solcher steht oder, anders ausgedrückt, nur die Verfahrenshandlung, die auf das Endstadium des Verfahrens, die Rechtsschutzerteilung unmittelbar gerichtet ist. Seine Bedeutung beschränkt sich also auf alle das Verfahren einleitenden oder beendenden Verfahrenshandlungen[1].

Diese Argumentation steht und fällt jedoch mit dem Einverständnis zu der von uns vertretenen Beziehung des Rechtsschutzbedürfnisses zum Prinzip der Rechtsschutzgewährung. Sie mag deshalb denjenigen, der dieser Ansicht nicht folgen will, nicht überzeugen, und wir wollen aus diesem Grunde auch nicht das Hauptgewicht darauf legen.

Vielleicht vermag diesen ein nochmaliger Rückblick auf die historische Entstehung des Rechtsschuzbedürfnisbegriffs im Zivilprozeß zu überzeugen.

Das Rechtsschutzbedürfnis war stets in der Rechtsprechung und in der herrschenden Lehre als Prozeßvoraussetzung bei Klagen und Rechtsmitteln angesehen worden[2]. Nun ist es zwar richtig, daß der im Rechtsschutzbedürfnis eingefangene Gedanke der bona fides im Prozeß nicht allein auf Klagen und Rechtsmittel beschränkt sein kann, sondern sich auf jede Art verfahrensmäßigen Verhaltens auszuwirken hat. Das Gegenteil wäre nicht einzusehen, denn wenn das

[1] Im Ergebnis ebenso Pohle aaO S. 230, ZZP 64. Bd., S. 95; sowie Baumgärtel ZZP 69. Bd., S. 99 ff (100); aA Schönke aaO S. 13 f, insbes. S. 57 ff.

[2] Vgl. dazu Baumgärtel ZZP 67. Bd., S. 423 (429) mit weiteren Hinweisen in N. 48.

bürgerliche Recht den rechtlichen Verkehr zwischen Privaten dem Grundsatz der bona fides unterstellt, warum sollte dieser Grundsatz dann nicht gelten, wenn eine Privatperson dem Gericht rechtlich gegenübertritt. Die Vorstellungen des ausgehenden letzten Jahrhunderts dürfen wir heute mit Recht für überholt halten, und zwar nicht etwa weil wir den Staat „vergöttern[1]", sondern weil wir heute zum Schutze der öffentlichen Belange ein Schutzbedürfnis des Gerichtes anerkennen. Ein allgemeiner Grundsatz von Treu und Glauben für jedes Parteiverhalten wurde im Verfahrensrecht nicht normiert; auch der Rechtsschutzbedürfnisbegriff wurde und wird nicht in einer dem § 242 BGB für das Prozeßrecht vergleichbaren Bedeutung mit dessen allumfassender Relevanz für jedes rechtlich erhebliche Verhalten verstanden. Der Rechtsschutzbedürfnisbegriff wurde und wird vielmehr auf die Verfahrenshandlungen beschränkt angewandt, welche die Anwendung der bona fides am dringlichsten erscheinen ließen. Dies sind die Klagen und die Rechtsmittel im Bereiche des Zivilprozesses. Für alle übrigen Prozeßhandlungen hatte und hat man sich mit den gesetzgeberischen Neuerungen und Einzelbestimmungen wie zum Beispiel dem § 279 ZPO begnügt, wobei die Lehre und Rechtsprechung, wenn sie eine Lücke im positiven Recht zu entdecken glaubte, auf eine entsprechende Anwendung der §§ 162, 242 oder auch zuerst der §§ 138, 226 BGB zurückgegriffen hat[2]. Im Rechtsschutzbedürfnis also vollzog sich lediglich die Entwicklung des bona-fides-Gedankens im Prozeß gegenüber Klagen und Rechtsmitteln.

Erst Schönke[3] brach mit dieser Lehre, indem er als Folge seiner Anfangsthese, das Rechtsschutzbedürfnis sei eine allgemeine Rechtsschutzvoraussetzung, für jede Prozeßhandlung ein Rechtsschutzbedürfnis forderte. Wir haben uns mit der Frage, ob es möglich ist, aus dem Rechtsbewährungszweck der Rechtsschutzverfahren den Inhalt des Rechtsschutzbedürfnisses direkt abzuleiten, bereits auseinandergesetzt. Wie wir dort eine direkte Ableitung verneint haben, lehnen wir auch diese weitere Folgerung Schönkes, aus dem Rechtsbewährungszweck ergebe sich die Bedeutung des Rechtsschutzbedürfnisses als Prozeßhandlungsvoraussetzung, ab.

Pohle[4] hat bereits hervorgehoben, daß diese Auffassung Schönkes — abgesehen davon, daß sie u. E. den entwicklungsgeschichtlichen Tatsachen zuwiderläuft — zwangsläufig das Verfahren schwerfälliger und langsamer gestalten muß. Mit Pohle ist zu fragen, welchen Sinn es wohl haben kann, sämtliche Prozeßhandlungen auf ein Rechtsschutzbedürfnis hin zu prüfen. Sollen etwa Willens- und Vorstellungsmitteilungen oder gar Realakte daraufhin geprüft werden[5]? Soll die Prüfung etwa auf alle Bewirkungshandlungen erstreckt werden, und wenn nicht, auf welche nicht? Für das Konkursverfahren würden sich schon aus dem Gedanken, daß dem Rechtsschutzbedürfniserfordernis Abwehrfunktion zum Schutze der richterlichen Gewalt vor mißbräuchlicher Inanspruchnahme zu-

1 Vgl. dazu Lent ZZP 67. Bd., S. 345.
2 Vgl. zu dem gesamten Fragenkomplex Baumgärtel ZZP 69. Bd., S. 89 ff mit Hinweisen.
3 aaO.
4 aaO S. 230.
5 Pohle aaO.

kommt, weitere Einschränkungen ergeben. Es könnten allenfalls Verfahrenshandlungen, die dem Gericht gegenüber vorgenommen werden, auf ein Rechtsschutzbedürfnis hin untersucht werden; selbstverständlich nicht die des Gerichtes selbst, aber auch von den dem Konkursgericht gegenüber vorgenommenen Verfahrenshandlungen nicht die vom Konkursverwalter an das Konkursgericht gerichteten Verfahrenshandlungen, ebenso nicht die dem Konkursverwalter gegenüber von den Beteiligten vorgenommenen Verfahrenshandlungen.

Beide Ausnahmen lassen sich schon aus der Rechtsstellung des Konkursverwalters im Konkursverfahren ableiten. Ohne auf den Streit über die Rechtsstellung des Konkursverwalters eingehen zu müssen[1], können wir ihn — wie bereits dargetan — von vornherein aus der Sphäre der wirtschaftlich Interessierten, der Konkursgläubiger und des Gemeinschuldners, herausnehmen. Er führt ein „Amt", das auf staatlicher Legitimation beruht, und entnimmt seine Aufgaben unmittelbar der Konkursordnung. Wir müssen ihn der gerichtlichen Sphäre zuweisen, wenn er auch nicht das Gericht selbst ist, sondern nur innerhalb der ihm vom Gesetz zugewiesenen Aufgaben an dessen Stelle tritt. Da er nun aber einerseits nicht das Gericht ist, d. h. keine gerichtlichen Entscheidungen fällt und keinen Rechtsschutz erteilt, ist es auch nicht angängig, ihm die Befugnis zuzusprechen, Verfahrenshandlungen, welche ihm gegenüber vorgenommen worden sind, mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses des Antragstellers zurückzuweisen. Der Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses schließt dies begrifflich aus. Der richtige Weg des Konkursverwalters ist vielmehr der, mißbräuchliche oder sonstwie schikanöse Ersuchen einfach nicht zu erledigen und sich hierfür notfalls der Rechtsauskunft des Konkursgerichts zu versichern.

Andererseits ist er aber auch nicht Rechtsschutzsuchender. Das Spannungsverhältnis Einzelner—Staat, wie es zur Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisbegriffs notwendig vorausgesetzt werden muß, ist zwischen ihm und dem Konkursgericht nicht vorhanden.

Damit ist bereits ein großer Einbruch in die Meinung Schönkes, das Rechtsschutzbedürfnis müsse als Voraussetzung jeder Verfahrenshandlung verstanden werden, gemacht.

Das entscheidende Argument gegen Schönkes Ansicht ist aber letztlich, daß die Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses ein förmliches Verfahren oder wenigstens einen selbständigen, in sich abgeschlossenen Teilabschnitt eines Gesamtverfahrens voraussetzt, in welchem in den prozessualen Kategorien der Zulässigkeit und der Begründetheit gedacht wird, und das mit einer selbständigen, das Verfahren oder den Teilabschnitt des Gesamtverfahrens abschließenden echten Entscheidung endet. Immer dann, wenn dies nicht der Fall ist — und das gilt im Zivilprozeß bei nahezu allen Verfahrenshandlungen mit Ausnahme der Klagen, Rechtsmittel[2] und einzelnen Anträgen des Zwangsvollstreckungsverfahrens und im Konkurs der Anträge auf Eröffnung des Konkursverfahrens,

---

1 Vgl. für viele Weber, Zur Problematik der Prozeßführung des Konkursverwalters, KonkTreuh 1955, S. 102 ff.

2 Unter Umständen des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, jedoch kann insoweit wohl das geschriebene Recht (§ 233 ZPO) genügenden Schutz bieten.

also gerade jener ein selbständiges Verfahren einleitenden oder beendenden Verfahrenshandlungen —, ist es sinnlos, den rechtstechnischen Begriff Rechtsschutzbedürfnis als Zulässigkeitsvoraussetzung einzuführen, da eine Zulässigkeitsprüfung förmlich gar nicht durchgeführt wird und vielfach überhaupt nicht paßt. In diesen Fällen werden überdies in aller Regel entweder die oben unter b dargelegten Gründe ein Zurückgreifen auf das Rechtsschutzbedürfnis ohnehin entbehrlich erscheinen lassen oder, wie auch die bisherige Praxis zeigt, etwaige doch bestehende Lücken durch die Heranziehung des bona-fides-Gedankens außerhalb des Rechtsschutzbedürfnisbegriffs ausgefüllt werden können.

d) Der Ausschluß aller materiell-rechtlichen Erwägungen

Daß sich das Rechtsschutzbedürfniserfordernis auf rein prozessuale Tatbestände beschränkt und frei von materiell-rechtlichen Überlegungen zu bestimmen ist, bedarf nach den allgemeinen Ausführungen im ersten Teil hier nurmehr des Hinweises[1].

II. Die einzelnen Verfahrensabschnitte mit Ausnahme des Konkurseröffnungsverfahrens und ihre maßgeblichsten Verfahrenshandlungen — die Bestätigung unserer allgemeinen Erwägungen am Einzelfall

Sind nunmehr die Gründe genannt, die das Fehlen einer beachtlichen Literatur und den Mangel an Sachverhalten des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurs in abstracto erklären, so mag nunmehr eine die einzelnen Verfahrensabschnitte des Konkurses und die in diesen möglichen, hauptsächlichen Verfahrenshandlungen der Beteiligten näher betrachtende Darstellung folgen und unsere theoretischen Ausführungen bestätigen. Dabei sollen die jetzt als selbstverständlich auszuschließenden Verfahrenshandlungen nicht mehr interessieren.

Wer die Rechtsprechung überschaut, wird diese Einzelbetrachtung kaum für nötig erachten. Diesem wird die Tatsache, daß für die Praxis die Problematik des Rechtsschutzbedürfnisses offensichtlich außerhalb jener Verfahrensabschnitte, in denen der „Einfluß der Beteiligten auf das Handeln des Konkursgerichts spürbar wird", nicht existiert, genügende Beweiskraft bieten. Wir aber wollen, um jeden Zweifel an unserer Auffassung auszuräumen, wenigstens die bedeutenden Verfahrensabschnitte des Konkurses mit ihren hauptsächlichen Verfahrenshandlungen untersuchen. Zwangsläufig werden sich hierbei noch weitere Gründe ergeben, die das bisher Ausgeführte vervollkommnen.

1. Das Feststellungsverfahren

Wir kennen drei Stadien dieses Verfahrensabschnittes:

a) Die Anmeldung der Konkursforderung

b) Das Prüfungsverfahren

---

1 Vgl. hierzu oben S. 48 ff.

c) Die Feststellung der Konkursforderung

In jedem dieser drei Stadien interessiert uns eine Verfahrenshandlung. Im ersten Stadium die Anmeldung selbst, im zweiten der Widerspruch des oder der Konkursgläubiger und im dritten, abhängig von dem Ergebnis des Prüfungsverfahrens, der Feststellungsprozeß.

Kennzeichnend für das Feststellungsverfahren ist, daß es weitgehend von der Initiative der Konkursgläubiger beherrscht wird[1]. Die öffentliche Zielsetzung des Konkurses ist annähernd gesichert, wenn durch die Zusammenfassung aller Gläubiger eines insolventen Schuldners in eine Gläubigergemeinschaft der Kampf aller gegen alle der Zwangsvollstreckung verhindert ist und die gleiche, anteilmäßige Befriedigung aller Konkurrenten erreicht werden kann. Das öffentliche Interesse geht nicht so weit, dem Einzelnen auch die Sorge um eine der tatsächlichen materiellen Rechtlage entsprechenden Befriedigung seiner Rechte in dieser Gläubigergemeinschaft abzunehmen. Das Konkursgericht wird daher vom Gesetz nicht angewiesen, den vollen Bestand des Gläubigerrechts zu garantieren. Die Durchsetzung des einzelnen Rechts innerhalb des Gläubigerverbandes zu betreiben obliegt allein der Eigenverantwortlichkeit jedes einzelnen Rechtsinhabers. Das Konkursgericht schaltet sich in das Verfahren der Feststellung einer Forderung zur konkursmäßigen Befriedigung folgerichtig deshalb im wesentlichen nur registrierend ein[2]. Diese Vorkenntnisse erleichtern das Verständnis der folgenden Erörterungen.

a) Die Anmeldung der Konkursforderung

Die Anmeldung dient der Vorbereitung des Prüfungsverfahrens. Durch sie wird das Material, das die Beteiligten im Prüfungsverfahren erörtern, beschafft. Erst die Anmeldung gibt die Möglichkeit der Berücksichtigung der Forderung im Prüfungs-, Feststellungs- und Verteilungsverfahren[3]. Damit eine Erörterung jedoch nutzbringend und in rascher Folge möglich ist, hat die Anmeldung nach § 139 KO genaue Bestimmungen über Grund und Betrag der Forderungen sowie des für die Forderungen beanpruchten Vorrechts zu beinhalten. Zweck dieser Formstrenge ist es, von vornherein für die Prüfung im Prüfungstermin Klarheit über das Begehren des Anmelders zu schaffen, damit es zur Prüfung keiner umfangreicheren Nachforschungen mehr bedarf. § 139 KO hat Ordnungscharakter; seine Formstrenge beruht auf formellen Erwägungen. Wenn nur die Angaben des Anmelders förmlich richtig und vollständig sind, mögen sie auch inhaltlich unwahr sein, so sind sie ordnungsgemäß und für die folgende Prüfung beachtlich. Die Beachtung der Formalien jedoch präjudiziert das Ergebnis der folgenden Prüfung durch die Gläubiger nicht[4].

Zur Überprüfung der formellen Erfordernisse geht der Erörterung durch die Beteiligten im Prüfungstermin eine amtliche Vorprüfung voraus, in welcher folgerichtig lediglich die formale Ordnungsmäßigkeit der Anmeldung vom Konkursgericht geklärt wird, nicht aber auch nur irgendwie zum Rechtsbestand

---

1 Vgl. Baur aaO § 55 A.
2 Vgl. Baur aaO.
3 Vgl. Baur aaO § 55 A I 1; die Anmeldung ermöglicht ferner die Abstimmung in der Gläubigerversammlung, vgl. noch Jäger aaO § 139 Anm. 9.
4 Vgl. Jäger aaO § 141 Anm. 2, auch zu folgendem.

der Forderung oder zu sonstigen Fragen Stellung genommen wird. Entscheidet sich das Konkursgericht für die Zulassung der angemeldeten Forderung, so unterstellt es diese der Erörterung der Beteiligten. Da die Versagung der Zulassung jedoch eines förmlichen Beschlusses bedarf, in welchem, mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar, die Anmeldung zurückgewiesen wird, und die Anmeldung ihrerseits eine Verfahrenshandlung ist, haben wir Anlaß zu untersuchen, ob und welche Bedenken einer Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses für diese Verfahrenshandlung entgegenstehen könnten.

Welche Sachverhalte, die möglicherweise unter den Rechtsschutzbedürfnisbegriff subsumiert werden könnten, so fragen wir zweckmäßigerweise, sind in der Praxis aufgetreten?

Es wird z. B. ein offensichtlich unbegründeter Anspruch angemeldet, eine Forderung, die erst nach Konkurseröffnung begründet worden ist, oder eine Forderung, deren Unbegründetheit schon aus den wenigen Angaben der Anmeldung ersichtlich ist, oder der angemeldete Anspruch verstößt gegen die guten Sitten, ist nicht erzwingbar und war es schon bei Konkurseröffnung nicht, oder es handelt sich um eine Forderung, die nach den §§ 3 Abs. 2, 63 KO im Konkurs nicht geltend gemacht werden kann, oder es wird keine Konkursforderung, sondern ein Aussonderungsanspruch geltend gemacht.

Alle diese Fälle haben eines gemeinsam. Es könnte in erster Linie nicht die Art des verfahrensmäßigen Vorgehens des Anmelders gerügt werden, wenigstens könnte hierauf nicht das Schwergewicht gelegt werden; es müßte vielmehr der materiell-rechtliche Bestand der Forderung, deren Anmeldbarkeit oder deren Vereinbarkeit mit der bona fides des Privatrechts oder mit anderen materiell-rechtlichen Normen bezweifelt werden. Es ist müßig, nochmals die gegen eine Einbeziehung materiell-rechtlicher Tatbestände in den Rechtsschutzbedürfnisbegriff vorgebrachten Argumente zu wiederholen.

Im Feststellungsverfahren stehen der Anwendbarkeit des Rechtsschutzbedürfnisses noch andere, speziell für diesen Verfahrensabschnitt geltende Gründe entgegen. Wir haben sie einleitend schon angedeutet.

In diesem Verfahrensstadium verbietet die Konkursordnung dem Gericht, über Existenz und Umfang des materiellen Rechts Nachprüfungen anzustellen und zu entscheiden[1]. Das Konkursgericht mag in bestimmten Fällen insoweit in das Feststellungsverfahren aktiv eingreifen können, als es im Wege der Rechtsaufsicht den Konkursverwalter an seine Pflichten erinnern kann. Es ist jedoch keinesfalls ermächtigt, die eigene Verantwortlichkeit der beteiligten Konkursgläubiger auszuschalten und an deren Stelle für deren Rechte zu sorgen, d. h. eine Schmälerung deren Rechte durch die Teilnahme eines materiell Nichtberechtigten bei der konkursmäßigen Abwicklung von Amts wegen zu verhindern oder gar unbegründete Forderungen von der Prüfung auszuschließen. Es bleibt vielmehr der Initiative des einzelnen Gläubigers überlassen, seine Rechtsauffassung im Prüfungstermin auszudrücken und dort ge-

1 Vgl. Baur aaO; Jäger aaO.

gebenenfalls Widerspruch zu erheben[1]. Zugunsten oder, wenn man will, zu Lasten der Konkursgläubiger ist dem Konkursgericht jede Prüfungszuständigkeit hinsichtlich materiell-rechtlicher oder anderer Fragen der Qualifizierung des angemeldeten Anspruchs genommen.

Gilt dies auch für rein prozessuale Tatbestände?

Der Praxis jedenfalls sind solche Fälle nicht bekannt. Wohlgemerkt, im Konkursverfahren ist dem Inhaber eines bereits rechtskräftig zuerkannten Anspruchs die Rechtskraft des Titels nicht entgegenzuhalten, denn jeder Gläubiger — gleichgültig, ob seine Forderung bereits tituliert ist oder nicht — hat die Forderung anzumelden, sofern er konkursmäßige Befriedigung sucht[2].

Dies schließt aber selbstverständlich nicht aus, daß solche Fälle theoretisch denkbar sind. Man könnte sich zwar damit zufriedengeben, daß das mangelnde Bedürfnis der Praxis eine weitere Erörterung in dieser Richtung wenig nutzbringend erscheinen läßt. Gleichwohl ist es nicht uninteressant. die Ursachen dieses mangelnden Bedürfnisses bzw. das Fehlen solcher Tatbestände in der Praxis aufzuzeigen.

Die Ursachen sind darin zu suchen, daß es dem Gericht im Anmeldungsverfahren praktisch unmöglich ist, prozessuale, für die Rechtsschutzbedürfnisprüfung maßgebliche Tatbestände zu erforschen. Worauf sollte auch das Gericht seine Gewißheit stützen, es liege ein solcher Tatbestand vor? Die kurz gehaltenen, nur den Wirksamkeitserfordernissen des § 139 KO entsprechenden Anmeldungen enthalten in aller Regel kaum die für eine Entscheidung über das Rechtsschutzbedürfnis geeigneten Tatsachen. Zumeist erhellt erst die nähere Erörterung der angemeldeten Forderung im Prüfungstermin den Sachverhalt. Eine Rechtsschutzbedürfnisprüfung wäre somit nur rein zufällig möglich; daher erscheint es schon aus tatsächlichen Gründen sehr zweifelhaft, ob es überhaupt wünschenswert ist, dem Gericht wenigstens für prozessuale Tatbestände eine Prüfungskompetenz einzuräumen. Um Zufälligkeiten ausschalten zu können, müßten die Gerichte regelmäßig das Anmeldungsverfahren bezüglich mancher Anmeldung aussetzen und vorab von Amts wegen Nachforschungen anstellen. Das Anmeldungsverfahren würde zum Monstrum, langwierig und schließlich in viele Einzelverfahren aufgesplittert, wo es

---

1 Dies ist grundsätzlich unstreitig. Streitig ist allein, ob eine Anmeldung, die i. ü. den Erfordernissen des § 139 KO entspricht, von Amts wegen zurückzuweisen ist, wenn sich aus den Behauptungen des Anmelders selbst ergibt, daß die angemeldete Forderung keine Konkursforderung im Sinne des § 138 KO ist, also z. B. deshalb im Konkurs nicht geltend gemacht werden kann, weil sie erst nach Konkursbeginn entstanden (§ 3 KO), nicht erzwingbar (über unvollkommene Verbindlichkeiten siehe Jäger aaO § 3 Anm. 13, 14), nach § 63 KO von der Geltendmachung im Konkurs ausgeschlossen ist, oder weil sie nach den Darlegungen des Antragstellers zu den Aussonderungs- oder Masseansprüchen gehört. Mit Jäger aaO § 141 Anm. 3; Mentzel-Kuhn, Komm. z. KO. § 141 Anm. 2; Oetker, Grundbegriffe I aaO S. 278 f; Fitting aaO S. 380; L. Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht. S. 259 ist auch insoweit keine Ausnahme von dem Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit der Beteiligten anzunehmen. Das Konkursgericht ist nicht kompetent, über die Art des Anspruches zu entscheiden. Es bleibt den Beteiligten überlassen, die Forderung des Anmelders durch Widerspruch abzuwehren.

2 Vgl. § 146 Abs. 6 KO; hierzu auch Jäger aaO § 138 Anm. 2.

doch zügig eine möglichst rasche Feststellung der Gläubigerforderungen und Vermögensliquidation zu erreichen gilt.

Es darf in diesem Zusammenhange nicht übersehen werden, daß das Anmeldungsverfahren — wie das gesamte Feststellungsverfahren — seiner Struktur nach sämtliche Kautelen, die eine Rechtsschutzbedürfnisprüfung nun einmal voraussetzt, vermissen läßt. Gerade darin sehen wir das entscheidende Argument gegen eine Prüfungskompetenz, die über ausschließlich formale Fragen hinausgeht. Nicht nur, daß das Anmeldungsverfahren ungeeignet ist, die der Anmeldung zugrundeliegenden Absichten und Motive, wie überhaupt deren gesamte Grundlagen, aufzudecken und deshalb mangels tatsächlichen Beurteilungsvermögens des Konkursgerichts die Gefahr richterlicher Willkür oder gutgläubiger Fehlentscheidungen besteht, das Gesetz verneint auch gerade eine über das rein Formale und jederzeit zu Übersehende hinausgreifende Prüfungszuständigkeit des Konkursgerichts. Dies wollten wir andeuten, als wir eingangs die Tätigkeit des Gerichts in diesem Verfahrensstadium als im wesentlichen registrierend bezeichneten. Die in § 139 KO enumerierten Erfordernisse einer Anmeldung mag das Gericht unschwer ohne sonstige Kenntnisse überschauen. Auch sonstige formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen, wie die Partei- oder Prozeßfähigkeit des Anmelders oder das Vorhandensein einer Vollmacht, mit anderen Worten das äußere Kleid einer Anmeldung, deren formale Ordnungsmäßigkeit also, mag das Gericht nachprüfen; mehr jedoch nicht. Mehr fordert auch der Zweck der amtlichen Vorprüfung, nur klare, aus sich heraus verständliche Anmeldungen zuzulassen, die rasch, ohne nähere Nachforschungen im Prüfungstermin, erörtert werden können, nicht. Das Konkursgericht soll keine Streitentscheidungen fällen müssen, zu denen es nach Anlage des Feststellungsverfahrens nicht fähig ist. Es soll auch keine Wertentscheidungen fällen müssen und damit auch die oftmals sehr schwierigen Abwägungen bei der Anwendung des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses nicht zu treffen haben. Es soll vielmehr nur den formal ordnungsgemäßen Gang des Prüfungsverfahrens durch eine amtliche Vorprüfung gewährleisten. Aus diesem Grunde ist es auch Sache der ordentlichen Gerichte im ordentlichen Verfahren des § 146 KO, alle weiteren Aufgaben wahrzunehmen, insbesondere jene Streit- und Wertentscheidungen zu fällen. Letztlich bleibt es aber der Initiative jedes einzelnen Konkursgläubigers vorbehalten, ob er eine Unredlichkeit des Anmelders verfahrensrechtlicher Art im Prüfungstermin zum Anlaß eines Widerspruchs nehmen möchte. Da diese Möglichkeit jederzeit besteht, ist es auch nicht bedenklich, wenn wir im Anmeldungsverfahrens der Konzentration und Schnelligkeit des Verfahrens den Vorzug geben.

Die Anmeldung ist daher nicht auf ein Rechtsschutzbedürfnis des Anmelders hin zu prüfen.

b) Der Widerspruch

Beginnen wir sofort mit der Frage, welche Sachverhalte beim Widerspruch für eine Rechtsschutzbedürfnisprüfung von Interesse sein können. Drei Fälle der Praxis sind hier zu nennen:

aa) Der Widerspruch wird erhoben, obwohl der Widersprechende die Begründetheit der angemeldeten Forderung genau kennt.

bb) Der Bestreitende hat kein Widerspruchsrecht, da seine Forderung erloschen ist, er erhebt jedoch trotzdem Widerspruch.

cc) Ein bevorrechtigter (oder vollberechtigter) Konkursgläubiger bestreitet eine einfache, seiner Forderung im Range nachstehende (minderberechtigte) Konkursforderung.

Die Ausscheidung dieser Sachverhalte aus dem Anwendungsbereich des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses ist nicht allzu schwierig, denn hier ist es ganz offensichtlich, daß einige der oben generell genannten Gründe dessen Anwendbarkeit ausschließen.

aa) Es fehlt hier sowohl an einem selbständigen Rechtsschutz erteilenden Verfahren, das durch den Widerspruch eingeleitet wird, als auch an einer sachlichen Entscheidung des Konkursgerichts über den Widerspruch. Es fehlt also auch — wie beim Anmeldungsverfahren — an den förmlichen Voraussetzungen einer Rechtsschutzbedürfnisprüfung.

Das Prüfungsverfahren ist zwar mündlich; die Prüfung ist jedoch keine mündliche Verhandlung vor einem erkennenden Gericht im Sinne des § 128 ZPO[1]. Die mündliche Erörterung einer jeden Forderung endet damit, daß das Konkursgericht das Ergebnis dieser Erörterung in die Tabelle einträgt (§ 145 Abs. 1 KO). Wird also Widerspruch erhoben, so wird dieser eingetragen. Die Eintragung des Prüfungsergebnisses, wie auch immer es lauten mag, stellt keine Entscheidung des Konkursgerichts über den Widerspruch oder über Grund, Betrag oder Vorrecht der Forderung dar, sondern ist bloße Beurkundung eines tatsächlichen Geschehens, der auch keine Entscheidung vorausgeht[2]. Die Tätigkeit des Konkursgerichts ist hier in noch höherem Maße als im Stadium der Vorprüfung registrierender Natur.

Nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens ist es dem Konkursgericht überdies unmöglich, sich aus anderen als allenfalls formellen Gründen[3] der Eintragung eines Widerspruches zu widersetzen. Denn zum Widerspruch bedarf es nicht der Angabe der diesen tragenden Gründe, noch würden Gründe, wenn sie genannt würden, beurkundet werden. Die Angabe von Gründen wäre zudem ohne bindende Wirkung für den später stattfindenden Feststellungsprozeß. Jeder Konkursgläubiger kann daher aus irgendwelchen, auch eigennützigen oder sonstwie zu mißbilligenden Motiven widersprechen, ohne daß das Konkursgericht

---

1 Vgl. Jäger aaO § 141 Anm. 10.
2 Vgl. Jäger aaO § 145 Anm. 3.
3 Siehe hierzu unten bb.

hierüber zu befinden hätte. Hier waltet ausschließlich das Interesse und Gutdünken des Einzelnen, dem es auch überlassen bleibt, die Folgen eines Widerspruchs, den Feststellungsstreit, auf sich zu nehmen.

bb) Voraussetzung eines wirksamen Widerspruchs und seiner Registrierung ist allerdings, daß der Widersprechende zum Widerspruch berechtigt, d. h. daß er Konkursgläubiger ist. Innerhalb dieses Wirksamkeitserfordernisses prüft das Konkursgericht die Konkursgläubigereigenschaft des Widersprechenden wenigstens in gewissem Umfange nach. Der Widersprechende muß Inhaber einer angemeldeten und zur Prüfung zugelassenen Forderung sein. Ist seine Forderung noch nicht zugelassen, so ist sein Widerspruch auf Grund dieser Forderung auch noch nicht wirksam und kann deshalb auch nicht registriert werden. Bis zur Zulassung bleibt die Wirksamkeit des Widerspruchs vielmehr in der Schwebe[1], was die Eintragung der Feststellung der „widersprochenen" Forderung hindert. Das Gericht prüft also die Wirksamkeit des Widerspruchs vor der Eintragung nach, jedoch nur unter einem formellen Gesichtspunkt; es trifft aber hierüber keine förmliche Entscheidung, sondern unterläßt es vielmehr, wenn es die Wirksamkeit des Widerspruchs verneint, den Widerspruch einzutragen.

Nun ist aber auch der Widerspruch, der sich auf eine nicht oder nicht mehr bestehende Forderung gründet, unwirksam[2]. Daraus könnte man folgern, daß das Konkursgericht vor der Eintragung doch über die Existenz des materiellen Rechts, d. h. der Konkursforderung des Widersprechenden zu entscheiden hätte. Dies ist jedoch unstreitig nicht der Fall, da sonst — wie schon hervorgehoben — dem Konkursgericht eine über die Registrierung des tatsächlichen Ergebnisses der Prüfungserörterung durch die Beteiligten hinausgehende Entscheidungsbefugnis über die Begründetheit des Widerspruchs und über die Begründetheit der von dem Widersprechenden angemeldeten Forderung, über dessen Konkursgläubigerrecht, eingeräumt würde. Diese Prüfungskompetenz entspräche nicht der Stellung des Konkursgerichts in diesem Verfahrensabschnitt. Diese Kompetenz liegt eindeutig beim Gericht des ordentlichen Verfahrens nach § 146 KO.

Wirksamkeitserfordernis ist deshalb auch nicht, daß die angemeldete und zugelassene Forderung, auf welche der Widersprechende seinen Widerspruch stützt, unbestritten bleibt[3]. Erhebt also A ohne Angabe von Gründen Widerspruch gegen die Forderung des B, und bestreitet B die Wirksamkeit dieses Widerspruchs von A, da dessen angemeldete und zugelassene Forderung zwischenzeitlich erloschen sei, so hindert dies die Eintragung des Widerspruchs des A als Ergebnis der Prüfungsverhandlung in die Tabelle nicht. Vielmehr wird im ordentlichen Verfahren über den Bestand der Bestreitungsbefugnis des A und dessen bestrittenen Konkursgläubigerrechts verhandelt. Das Konkursgericht registriert also den

---

1 Vgl. Jäger aaO § 141 Anm. 8.
2 Denn der Widerspruch wird auch unmittelbar durch das Erlöschen der Konkursforderung des Widersprechenden entkräftet, vgl. Jäger aaO.
3 Vgl. Jäger aaO.

Widerspruch ohne Rücksicht auf die Existenz des Konkursgläubigerrechts des Bestreitenden, aber auch ohne zu dem bestrittenen Konkursgläubigerrecht Stellung zu nehmen[1]. Es bleibt dem freien Willen jedes einzelnen Anmelders überlassen, ob er Widersprüche gegen seine Anmeldung auf dem Wege des § 146 KO ausräumen will oder nicht. Tut er es nicht, so sind die Widersprüche, auch wenn sie materiell unwirksam sein sollten, nicht im Sinne des § 144 Abs. 1 KO beseitigt und die angemeldete Forderung auch nicht festgestellt. Selbst bei offenkundig gewordenem Fehlen eines Konkursgläubigerrechts des Widersprechenden ist daran nichts zu ändern und nicht etwa durch widerspruchslose Registrierung die Feststellung der Konkursforderung nach den §§ 144, Abs. 1, 145 KO herbeizuführen.

Ist dies aber richtig, so fehlt es an dem vorauszusetzenden verfahrensmäßigen Ansatzpunkt für eine Rechtsschutzbedürfnisprüfung, und das Rechtsschutzbedürfniserfordernis kann in diesem Stadium des Konkursverfahrens schon deshalb keine Rolle spielen.

Im übrigen stünde in dem unter bb angeführten Beispiel der Rechtsschutzbedürfnisprüfung auch entgegen, daß es sich hierbei nicht um Probleme der Zulässigkeit, sondern um solche der materiell-rechtlichen Existenz des Konkursgläubigerrechts handelt. Das erhellt schon aus der Wirkung, die der etwaige Wegfall des Konkursgläubigerrechts des Widersprechenden auf einen anhängigen Feststellungsstreit hat. Wenn im Feststellungsprozeß erkannt wird, daß die den Widerspruch stützende Konkursforderung des Widersprechenden nicht mehr besteht und mangels eines Widerspruchsrechts der Widerspruch nunmehr unbegründet ist, so ist die Feststellungsklage begründet, bzw. die negative Feststellungsklage im Falle des § 146 Abs. 6 KO unbegründet und nicht etwa unzulässig.

cc) Was nun den zuletzt genannten Fall, in welchem aus der Art und dem Umfang des Widerspruchsrechts Bedenken gegen die Zulässigkeit des Widerspruches hergeleitet werden könnten, anlangt, so fehlt es hierzu nicht an Stimmen[2], die den bevorrechtigten oder vollberechtigten Konkursgläubigern ein Widerspruchsrecht gegenüber den im Range nachstehenden oder minderberechtigten Konkursgläubigern absprechen, weil diesen ein rechtliches Interesse zum Widerspruch fehle. Wie aber Jäger[3] richtig bemerkt, sehr zu Unrecht, da der Widerspruch nicht allein die Teilnahme an der konkursmäßigen Befriedigung beeinflußt, sondern auch auf andere

---

1 Ist aber dem Widersprechenden durch rechtskräftiges Urteil das eigene Konkursgläubigerrecht aberkannt, steht also auf Grund eines im ordentlichen Verfahren des § 146 KO gewonnenen Erkenntnisses fest, daß dessen Widerspruchsrecht nicht oder nicht mehr besteht, so darf das Konkursgericht die Eintragung der Feststellung der angemeldeten Forderung nicht unterlassen, da die Unwirksamkeit des Widerspruchs nunmehr von dem für diese Entscheidung kompetenten ordentlichen Gericht ausgesprochen ist; aber erst dann, denn erst dann trifft das Konkursgericht mit der Eintragung keine Entscheidung über ein Konkursgläubigerrecht, sondern registriert lediglich inzidenter die Entscheidung des ordentlichen Gerichts und das tatsächliche Ergebnis des Prüfungsverfahrens.

2 Vgl. Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 560; Seuffert aaO S. 263.

3 aaO § 141 Anm. 9; ebenso z. B. Oetker aaO S. 491; Petersen-Kleinfeller, Komm. z. KO § 141 Anm. 6.

Fragen, wie beispielsweise die des Stimmrechts in der Gläubigerversammlung, einwirkt. In Ansehung dieser weiteren Auswirkungen ist den bevorrechtigten Konkursgläubigern sehr wohl ein rechtliches Interesse zuzugestehen. Doch bedarf dies schon deshalb keiner weiteren Erörterung, weil hier aus den oben zu aa und bb dargelegten Gründen ein Problem des Rechtsschutzbedürfnisses nicht auftauchen kann. In Wahrheit stehen hier Inhalt und insbesondere Umfang der Widerspruchsberechtigung in Frage.

c) Der Feststellungsprozeß

Unter dem Rechtsschutzbedürfnis verstehen wir den allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisbegriff. Dieses Rechtsschutzbedürfnis ist das gleich einer Einwendung, gestützt auf die Geltung der bona fides im Verfahrensrecht, zu verstehende Abwehr- und Schutzmittel der Gerichte gegen Rechtsschutzbegehren, die der bona fides und den Zwecken und Zielen unserer Rechtsschutzverfahren zuwiderlaufen. Das Rechtsschutzbedürfnis in diesem Sinne ist ein ungeschriebener Grundsatz. Gleich einer Einwendung verstehen wir es deshalb, weil es — entsprechend der Wirkung der Regeln von Treu und Glauben auf privatrechtlichem Gebiet — Sache des Gerichts ist, die das Rechtsschutzbedürfnis, bzw. dessen Negation begründenden Tatsachen dem Begehren des Einzelnen entgegenzuhalten.

Es gibt keine allgemeine Norm, die das Rechtsschutzbedürfnis zum tatbestandlichen Erfordernis einer jeden Rechtsschutzbitte machte. An einzelnen Stellen unserer Rechtsordnung finden sich Ausnahmen, die diesen Grundsatz jedoch nur bestätigen. Eine der Ausnahmen, die das Gesetz ausdrücklich benennt, haben wir in § 256 ZPO für die Feststellungsklage erkannt. Dort fordert das Gesetz ausdrücklich von dem Einzelnen den Nachweis eines besonderen, spezifisch gearteten Rechtsschutzinteresses für seine Verfahrenshandlung; dort ist ein besonderes Rechtsschutzinteresse ausnahmsweise positives Erfordernis der Verfahrenshandlung. Jenes Feststellungsinteresse des § 256 ZPO ist aber nicht das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis, das wir zu behandeln haben, wenn es auch richtig ist, daß sämtliche Erörterungen des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisbegriffes in der Wissenschaft bislang dort ihren Ausgang nahmen.

§ 146 KO normiert eine weitere Ausnahme. Wenn er auch die Worte „rechtliches Interesse" nicht kennt, so bedeuten seine Worte „streitig gebliebener Forderungen" im Grunde dasselbe. Die Konkursordnung faßt den Begriff rechtliches Interesse des § 256 ZPO nur präzise[1], benutzt nicht eine allgemeine Formulierung, sondern drückt damit die besondere konkursrechtliche Situation konkret aus. Die Feststellungsklage des Konkurses nach § 146 KO ist daher nichts anderes als die spezifische Ausgestaltung der Feststellungsklage des Zivilprozesses auf konkursrechtlichem Gebiet.

Da es unsere Aufgabe ist, den allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisbegriff, nicht aber die besonderen, ausdrücklich normierten und insbesondere inhaltlich dem Zivilprozeßverfahren angehörenden Typisierungen dieses Begriffes zu erforschen, können wir die Konkursfeststellungsklage verlassen. Eine gründliche

1 Für viele Baur aaO § 55 III 2 a.

Auseinandersetzung, für die wegen der auch heute noch gültigen Untersuchungen von Bley[1] kaum eine Notwendigkeit bestehen dürfte, müßte den Rahmen dieser Arbeit zudem bei weitem sprengen.

2. *Die Verteilungsverfahren*

Wir unterscheiden drei Arten:
Die Abschlagsverteilung
Die Schlußverteilung
Die Nachtragsverteilung
Beginnen wir zweckmäßigerweise mit der letzteren.

a) Die Nachtragsverteilung

Nach § 166 KO entscheidet das Konkursgericht über die Anordnung der Nachtragsverteilung. Das Gericht handelt hierbei von Amts wegen; die Anregung eines Beteiligten ist zwar erlaubt und oft erwünscht, aber rechtlich unerheblich. Es besteht kein Antragserfordernis und auch kein Antragsrecht; es bedarf daher auch keiner förmlichen Entscheidung über eine etwaige Anregung. Ist das Gericht aber nicht gehalten, auf die Anregung sachlich einzugehen und über sie förmlich zu entscheiden, so fehlt es bereits an der vorauszusetzenden Ausgangslage einer Rechtsschutzbedürfnisprüfung. Ersteres ist jedoch nicht unstrittig. Jäger[2] nimmt an, daß das Konkursgericht, wenn es einer Anregung nicht stattgeben wolle, einen ablehnenden Beschluß zu erlassen habe, der vom Antragsteller mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden könne und, sofern es der Anregung nachkommen wolle, einen anordnenden Beschluß zu erlassen habe, der dem Schuldner, dem Konkursverwalter und einem etwaigen dritten Antragsteller zuzustellen und deren sofortiger Beschwerde unterworfen sei. Angesichts des Wortlauts des § 166 KO muß diese Ansicht befremden; im Interesse eines allumfassenden Rechtsschutzes ist sie aber verständlich. Selbst wenn wir nun aber der Ansicht Jägers folgen, ändert dies nichts daran, daß dem Rechtsschutzbedürfnis in diesem Verfahrensabschnitt kein Platz zukommt. Es sei nur daran erinnert, daß das Rechtsschutzbedürfnis nach seiner Entstehungsgeschichte schon nicht hierher paßt, da man einer Anregung seitens der Beteiligten kaum den Charakter einer ein Verfahren oder doch einen selbständigen Verfahrensabschnitt einleitenden Verfahrenshandlung beimessen kann. Es bestehen ferner insofern erhebliche Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Rechtsschutzbedürfnisses in diesem Zusammenhang, als dem Nachtragsverteilungsverfahren jedes Denken und Unterscheiden von Zulässigkeits- und Begründetheitsfragen fremd ist. Entscheidend gegen die Anwendbarkeit spricht aber auf jeden Fall, daß kein Anlaß und kein praktisches Bedürfnis für die Anwendbarkeit zu erkennen ist. Das Gericht hat die zu erlassende Entscheidung — die Notwendigkeit einer Entschei-

[1] Erich Bley, Die Feststellung des Konkursgläubigerrechts, Leipziger Dissertation 1914.
[2] aaO § 166 Anm. 10 mit Hinweisen.

dung über eine Anregung einmal unterstellt — auf reine Zweckmäßigkeitserwägungen zu stützen. Es muß fragen, ob eine Nachtragsverteilung sich lohnt, ob deren Kosten sich im Vergleich mit dem auf jeden einzelnen Gläubiger entfallenden Betrag rentieren[1] und hiernach entscheiden. Das Rechtsschutzbedürfnis ist in diesem Zusammenhang ein Fremdkörper, der sich hemmend auf die sonstige Formlosigkeit auswirken würde, wollte man seine Anwendung befürworten. Im übrigen ist es schon deshalb überflüssig, weil seine Erwägungen ungenannt in den Zweckmäßigkeitserwägungen enthalten sind, die das Gericht bei seiner Entscheidung anzustellen hat. So schließt sich auch wieder der Kreis, und unsere zunächst vorgebrachten theoretischen Bedenken bestätigen sich im Einzelfall. Eben weil es sich nicht um eine für eine Rechtsschutzbedürfnisprüfung geeignete Verfahrenslage handelt, fehlt es auch an einem praktischen Bedürfnis, denn in aller Regel wird sich dort, wo die vorauszusetzende Verfahrenslage fehlt, ein Schutzbedürfnis gar nicht einstellen, da dem Gericht andere, der Praxis selbstverständliche Möglichkeiten des Schutzes zur Verfügung stehen.

b) Die Abschlags- und Schlußverteilung

Ähnliche Erwägungen treffen auch für die übrigen Arten der Verteilung zu. Doch ist dort die Ausgangslage eine andere.

Bei der Abschlags- und der Schlußverteilung ist der Einfluß des Gerichts zugunsten der Befugnisse des Konkursverwalters weiter zurückgedrängt. Damit ist bereits von vornherein der Anwendungsbereich des Rechtsschutzbedürfnisses eingeengt. Nicht nur der Vollzug der Verteilung ist Sache des Konkursverwalters, sondern schon die Entscheidung über deren Vornahme[2]. Eine Anordnungsbefugnis des Konkursgerichts gibt es hier nicht. Der Konkursverwalter entscheidet nach seinem gesetzlich gebundenen (§§ 149, 161 KO) Willen, ob und wann eine Verteilung stattfinden soll. Doch nur in der Entscheidung über das „Ob" ist der Konkursverwalter frei. Wenn er sich hierzu entschlossen hat, bedarf die Vornahme der Genehmigung eines etwa bestellten Gläubigerausschusses, die Vornahme der Schlußverteilung zudem stets der Genehmigung des Konkursgerichts.

Ein weiteres Korrektiv der Befugnisse des Konkursverwalters erwächst daraus, daß er die Verteilungen vorzubereiten hat und zu diesem Zwecke ein Verzeichnis der zu berücksichtigenden Forderungen, ihres Gesamtbetrags und des verfügbaren Massebestands (§ 151 KO), bei der Schlußverteilung das Schlußverzeichnis, in dem endgültig festgestellt wird, welche Konkursforderungen aus der nach der Schlußrechnung des Konkursverwalters zur Schlußverteilung verfügbaren Masse zu decken sind, öffentlich bekanntzumachen hat.

Gegen dieses Verzeichnis kann jeder Konkursgläubiger Einwendungen (§§ 158, Abs. 1, 162, Abs. 1 KO) in einem zeitlich begrenzten Einwendungsverfahren bzw. im Schlußtermin erheben. Über diese Einwendungen entscheidet das Konkursgericht.

---

1 Vgl. Jäger aaO.
2 Vgl. Jäger aaO § 150 Anm. 1 mit § 149 Anm. 5.

Diese Einwendungen interessieren uns hier.

aa) Einwendungen gegen das Verzeichnis bei der Abschlagsverteilung (§ 158 KO)

(1) Die Einwendung eines Konkursgläubigers kann nur auf einen Mangel des Verzeichnisses gegründet werden. Der Konkursgläubiger kann z. B. seine fälschliche Nichtberücksichtigung, aber auch die irrtümliche Berücksichtigung eines anderen einwenden oder sich auf einen Verstoß des Konkursverwalters gegen die Vorschriften der §§ 152 bis 155, 157 KO oder auf eine sonstige inhaltliche Unrichtigkeit des Verzeichnisses oder auf die unrichtige Ansetzung eines Vorrechts usw. berufen[1].

Wie aber, wenn z. B. ein Konkursgläubiger seine Einwendungen gegen die Wirksamkeit einer Feststellung gemäß der §§ 144 Abs. 1, 145 KO richtet, also im Einwendungsverfahren den von ihm im Prüfungstermin versäumten Widerspruch nachholen will, nichts aber gegen das Verzeichnis selbst einzuwenden hat? In diesem Falle sind seine Einwendungen unbegründet, denn sie sind nicht schlüssig vorgetragen. Das tatsächliche mündliche Vorbringen des Einwendenden rechtfertigt sein Begehren, das Verzeichnis inhaltlich abzuändern, nicht. Keinesfalls tauchen hier Fragen des Rechtsschutzbedürfnisses auf, auch dann nicht, wenn der Einwendende die Unschlüssigkeit seines Widerspruchs kennt und trotzdem die Rüge erhoben hat. Es besteht kein Anlaß, wegen einer etwa bestehenden unlauteren Absicht des Einwendenden bei offenkundiger Unbegründetheit der Einwendung einen zusätzlichen Unzulässigkeitsgrund zu schaffen.

(2) Einwendungsberechtigt ist jeder, der an der Beseitigung der inhaltlichen Mängel des Verzeichnisses rechtlich interessiert[2], d. h. dessen Konkursgläubigerrecht durch den ungeänderten Bestand des Verzeichnisses tatsächlich beeinträchtigt ist. Maßgeblich hierbei ist jedoch lediglich die Anmeldung, nicht dagegen, ob bereits eine Prüfung erfolgt ist und wie diese endete. Nicht einwendungsberechtigt sind Massegläubiger, da sie nicht in Konkurrenz zu den Konkursgläubigern treten, sondern vor und außerhalb des Verteilungsverfahrens befriedigt werden (§§ 57, 172 KO); auch nicht der Gemeinschuldner, da seine Rechte innerhalb des Konkurses der Konkursverwalter wahrnimmt. Rechtlich interessiert an inhaltlichen Änderungen von Eintragungen bezüglich der einfachen (§ 61 Nr. 6 KO) Konkursgläubiger bzw. der minderberechtigten (§§ 226 Abs. 2, 236 KO) Konkursgläubiger sind auch nicht die bevorrechtigten bzw. vollberechtigten Konkursgläubiger, da hier ebenfalls ein Konkurrenzverhältnis ausscheidet[3]. Ist es nun eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses, wenn ein Masse-

---

1 Vgl. Jäger aaO § 158 Anm. 1.
2 Vgl. Jäger aaO § 158 Anm. 2.
3 Vgl. Jäger aaO.

gläubiger Einwendungen gegen die Verteilungsliste erhebt, mit anderen Worten, ist der von uns vorher gebrauchte Begriff Einwendungsberechtigung identisch mit dem Rechtsschutzbedürfnisbegriff? Keinesfalls. Er darf auch nicht mit dem Begriff der formellen Beschwer[1] verwechselt werden, der zwar seinerseits ebenfalls nicht identisch ist mit dem Rechtsschutzbedürfnisbegriff[2], jedoch auf Erwägungen beruht, die auch dem Rechtsschutzbedürfnisbegriff zugrundeliegen. Mit seiner Hilfe sollen unnütze Rechtsbehelfe (weil keine „meßbare Divergenz[3]" zwischen Antrag und dem in der Entscheidung Zugesprochenen besteht) verworfen werden können. Das Erfordernis der Beschwer stellt aber im Gegensatz zu dem allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisbegriff die speziellere, auf einen bestimmten, abgeschlossenen Teil des Verfahrensrechts begrenzte und auch inhaltlich spezifischere Regelung dar. Es verdrängt insoweit den allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisbegriff, der jedoch gleichwohl auf dem Gebiete der Rechtsmittelverfahren als allgemeiner Grundsatz auch für Rechtsmittel Bedeutung hat, aber nur insoweit, als das Erfordernis der Beschwer inhaltlich den zu prüfenden Sachverhalt nicht erfaßt[4]. Der Begriff Einwendungsberechtigung will hingegen zum Ausdruck bringen, daß eine Einwendung nur demjenigen zustehen soll, dessen Konkursgläubigerrecht durch die Maßnahmen des Konkursverwalters beeinträchtigt ist[5]. Er ist insoweit zu vergleichen mit dem Begriff der Beschwerdeberechtigung nach § 20 FFG[6]. Sein Ziel ist es, Populareinwendungen auszuschließen und aus dem Kreis der möglicherweise an einer Änderung Interessierten diejenigen auszuwählen, die durch den bestehenden Inhalt des Verzeichnisses tatsächlich eine Rechtsbeeinträchtigung erfahren und nicht nur formell am Konkursverfahren beteiligt sind[7]. Beeinträchtigt aber kann lediglich ein Konkursgläubiger, nicht jedoch ein Massegläubiger oder ein bevorrechtigter Konkursgläubiger gegenüber einfachen sein, da diese bei der Verteilung nicht miteinander konkurrieren. Wenn daher die Einwendung eines Massegläubigers zurückgewiesen wird, so geschieht dies, abgesehen von anderen Bedenken, schon begrifflich nicht wegen Fehlens eines Rechtsschutzbedürfnisses

---

1 Vgl. z. B. § 568 Abs. 2 ZPO (Beschwerdegrund); über den Begriff siehe Rosenberg aaO § 134 II 2, Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit 1. Buch Allgemeines Verfahrensrecht § 29 A III 2 e S. 322; für viele RGZ Bd. 160, S. 204 ff (213 ff).

2 A. A: Die wohl h. L., vgl. z. B. Schönke aaO S. 52; zu der gesamten Problematik eingehend insbes. Baur, Zur „Beschwer" im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses, in Festschrift für Lent S. 1 ff (5 f) mit Hinweisen.

3 Vgl. Baur aaO S. 322.

4 Vgl. z. Frage, ob trotz bestehender Beschwer ein Rechtsschutzbedürfnis für deren Beseitigung verneint werden kann, Baur aaO S. 6.

5 In diesem Sinne ist Jäger aaO § 158 Anm. 2 zu verstehen, wenn er von dem Einwendenden ein rechtliches Interesse fordert.

6 Vgl. hierzu Baur aaO § 29 A III 1, S. 317.

7 Wohlgemerkt, ein ganz anderes Ziel als mit dem Erfordernis der Beschwer verfolgt wird. Beide sind getrennt voneinander zu prüfen, doch spielt die Beschwer im Einwendungsverfahren des § 158 KO naturgemäß keine Rolle.

oder einer fehlenden Beschwer, sondern allein weil dem Massegläubiger die Einwendungsberechtigung fehlt. Würde etwa der Gemeinschuldner Einwendungen geltend machen, so müßte das gleiche gelten. Nicht ihm, sondern dem Konkursverwalter stünde, wenn dies nicht absurd wäre, die Einwendungsberechtigung an seiner Stelle zu.

(3) Andere Fälle als die vorstehend besprochenen sind der Praxis in diesem Zusammenhange nicht bekannt. Dies erklärt sich daraus, daß Einwendungen ohnehin sehr selten vorgebracht werden; sicherlich aber auch darauf, daß Sachverhalte, die sich nur mit dem Rechtsschutzbedürfnis lösen lassen, gar nicht auftreten. So ist wohl ein mangelndes praktisches Bedürfnis letztlich die Ursache.

bb) *Einwendungen gegen das Schlußverzeichnis (§ 162 KO)*

Die unter aa aufgeführten Gründe können ohne weiteres auch auf das Einwendungsverfahren gegen das Schlußverzeichnis übernommen werden. Dieser Hinweis mag genügen, daß die Sachverhalte hier wie dort dieselben sind[1].

3. Das Zwangsvergleichsverfahren

Im Zwangsvergleichsverfahren könnte das Konkursgericht in zweifacher Hinsicht Mißbräuche oder Unlauterkeiten der Beteiligten abzuwehren haben. Mißbräuchlich könnten sowohl der Gemeinschuldner als auch die Konkursgläubiger handeln.

Der Gemeinschuldner, der regelmäßig an einem Zwangsvergleich interessiert sein wird, da dieser nach seiner rechtskräftigen Bestätigung durch das Konkursgericht zur Aufhebung des Konkurses und zur Wiederherstellung der freien Verfügungsmacht des Gemeinschuldners führt, könnte zu leeren Versprechungen greifen oder durch scheinbar günstige, aber oft unwahre Angebote die Konkursgläubiger übervorteilen und in der Absicht, weitere Vermögensteile zu verschleiern, deren als-

---

1 Zeitlich in sehr engem Zusammenhang mit dem Schlußverteilungsverfahren steht das Einwendungsverfahren gegen die Schlußrechnung des Konkursverwalters (§ 86 KO), sofern das Amt des Konkursverwalters nicht vorzeitig endet, da beide Verfahren im Schlußtermin stattfinden. Der Sache nach sind sie jedoch zu trennen. Während jenes die Stellungnahme der Konkursgläubiger gegen die Vornahme der den Konkurs — wenigstens in der Regel — abschließenden Auskehrung der Teilungsmasse enthält, soll dieses dem Gemeinschuldner, den Konkursgläubigern und einem etwa nachfolgenden Konkursverwalter die Möglichkeit geben, die Geschäftsführung des (zuvor amtierenden) Konkursverwalters, seine Schlußrechnung, anzuerkennen oder ihr die Anerkennung zu versagen.
Ohne jedoch dieses Verfahren näher beleuchten zu müssen, können wir von vornherein feststellen, daß es aus unseren Betrachtungen auszuscheiden hat. Denn im Termin vor dem Konkursgericht werden etwa erhobene Einwendungen lediglich erörtert und ihre gütliche Beilegung angestrebt. Gelingt letzteres nicht, so ergeht nicht etwa eine Entscheidung des Konkursgerichts; die Streitfragen werden vielmehr im Prozeßwege vor dem ordentlichen Gericht ausgetragen (im allgemeinen durch Klage auf Schadenersatz gegen den Konkursverwalter nach § 82 KO). Eine unmittelbare Rechtserheblichkeit kommt der Einwendung nur insoweit zu, als sie dem Einwendenden das Recht wahrt, gegen den Konkursverwalter im Klagewege vorzugehen. Unterbleibt die Einwendung, so gilt die Rechnung als anerkannt: sie kann nachträglich nicht mehr angegriffen werden, denn der Konkursverwalter ist dann entlastet. Es fehlt somit an jedem Anknüpfungspunkt für eine Rechtsschutzbedürfnisprüfung.

baldige Entdeckung er befürchtet, zur unvorteilhaften Annahme eines Vergleichsvorschlages verleiten. Andererseits könnte aber auch ein mißbräuchliches Verhalten der Konkursgläubiger ein konkursgerichtliches Einschreiten erfordern, etwa wenn es gilt, eine Minderheit vor dem terrorisierenden Mehrheitswillen zu schützen, bisweilen aber auch zugunsten einer einsichtigen Mehrheit gegen Unverstand, Boshaftigkeit oder Gleichgültigkeit einiger weniger Konkursgläubiger. Es stellt sich deshalb die Frage, ob das Rechtsschutzbedürfniserfordernis geeignet ist, in solchen Fällen seine Abwehrfunktion zu entfalten. Ein praktisches Bedürfnis für eine Abwehr der dargestellten Verhaltensweisen ist zweifellos vorhanden.

Zwei Stellen des Zwangsvergleichsverfahrens sind zu erkennen, an denen das Gesetz ein Eingreifen des Konkursgerichts vorsieht und die Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisbegriffs daher in Frage kommen kann:

Einmal gesteht die Konkursordnung dem Konkursgericht im Stadium der Einleitung des Zwangsvergleichsverfahrens eine Prüfungskompetenz zu, wenn dieses nach den §§ 173—176 KO aus verschiedenen Gründen Vergleichsvorschläge des Gemeinschuldners als unzulässig zurückweisen kann. Daneben bedarf nach § 184 Abs. 1 KO der angenommene Zwangsvergleich der Bestätigung des Konkursgerichts. Es fragt sich jedoch, ob die konkursgerichtliche Tätigkeit nicht dergestalt ist, daß schon rein begrifflich oder nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzes die Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisbegriffs ausgeschlossen ist. Diese Frage ist eng verknüpft mit der nach dem Wesen des Zwangsvergleichs überhaupt.

Zwei Theorien stehen sich gegenüber[1].

Folgt man der Urteilstheorie[2], so ist in der gerichtlichen Bestätigung das dem Zwangsvergleich Wesentliche zu erblicken. Nach dieser Theorie ist der Zwangsvergleich ein richterliches Urteil, ein Erkenntnis über den Konkursanspruch[3], den es erledigt, indem es zugleich dem Gemeinschuldner das Recht zuspricht, seine Gläubiger in einer Weise, die von den Normen des Konkursverfahrens losgelöst ist, zu befriedigen. Nicht der Wille des Gemeinschuldners und der Mehrzahl der Konkursgläubiger, sondern die gerichtliche Entscheidung, für die der Wille der Beteiligten nur das Material bildet, ist maßgeblich. Der für ein Erkenntnis zu fordernde Antrag liegt nach dieser Ansicht im Vergleichsvorschlag des Gemeinschuldners. Wir träfen also, wollten wir diese Lehre anerkennen, eine Rechtssituation vor, die der Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisbegriffes nicht grundsätzlich widerspräche.

Herrschend ist jedoch die Vertragstheorie, der auch wir uns anschließen wollen, ohne die dafür sprechenden Gründe im einzelnen aufzählen zu müssen[4]. Hiernach ist der Zwangsvergleich ein der konkursgerichtlichen Bestätigung bedürftiger Vertrag des bürgerlichen Rechts zwischen dem Gemeinschuldner und den nicht bevorrechtigten Gläubigern über deren Befriedigung. Das Schwergewicht liegt auf der von den Beteiligten geschlossenen Vereinbarung[5]. Der Vertragsabschluß ge-

1 Vgl. für viele Jäger aaO § 173 Anm. 5 ff mit vielen Hinweisen.
2 Begründet von A. S. Schultze, vgl. aaO S. 144 ff hierzu und zu folgendem.
3 Siehe oben S. 61 N. 2.
4 Sie wird bei Jäger aaO § 173 Anm. 8 ff ausführlich gewürdigt unter Hinweis auf ihre Anhänger und deren im einzelnen oft unterschiedlichen Ansichten.
5 So auch der Text des § 173 KO.

schieht durch die Annahme des Antrags des Gemeinschuldners, den dieser in einem vom Konkursgericht anberaumten Vergleichstermin stellt. Antrag des Gemeinschuldners und Annahmeerklärung der Konkursgläubiger sind deshalb in die Form von Verfahrenshandlungen gekleidet. Inhaltlich gehören beide (Willenserklärungen) dem bürgerlichen Recht an[1], da Änderungen des materiell-rechtlichen Bestands der Forderungen der Konkursgläubiger Gegenstand des Parteiwillens sind. Nur der äußere Verfahrensablauf vollzieht sich in prozessualen Formen.

a) *Der Vergleichsvorschlag*

Der Vergleichsvorschlag ist die Ankündigung des Antrags auf Abschluß eines Zwangsvergleichs im Vergleichstermin. Er wird dem Gericht gegenüber gestellt und ist Verfahrenshandlung. Er enthält zugleich die Bitte an das Gericht, das Vergleichsverfahren einzuleiten, d. h. den Vorschlag dem Gläubigerausschuß zu dessen für das Gericht allerdings unverbindlichen Stellungnahme zuzuleiten und alsbald einen Vergleichstermin anzuberaumen, also den Vorschlag inzidenter für zulässig zu erachten. Es bedürfte eigentlich in Anbetracht dieser Rechtsnatur des Vergleichsvorschlags keiner Erörterung darüber, daß der Rechtsschutzbedürfnisbegriff hier unanwendbar ist.

Trotzdem wollen wir einmal grundsätzliche Bedenken zurückstellen. Es sind hauptsächlich auch hier wieder gesetzliche Gründe, die eine Rechtsschutzbedürfnisprüfung ausschließen. Ein praktisches Bedürfnis für die Abwehr mißbräuchlicher Vorschläge des Gemeinschuldners der oben angedeuteten Art ist sicher vorhanden. Die §§ 173—176 KO erfüllen dieses Bedürfnis jedoch ausreichend, indem sie eine sehr ausführliche Einzelregelung all der Unzulässigkeitsgründe enthalten, die das Konkursgericht zur Zurückweisung der begehrten Einleitung eines Zwangsvergleichsverfahrens ermächtigen.

Nach dem Gesetz soll das Konkursgericht zurückweisen:

aa) Vorschläge, welche die zeitlichen Schranken des § 173 KO negieren und nach der konkursgerichtlichen Genehmigung der vom Konkursverwalter beantragten Schlußverteilung gestellt werden;

bb) Vorschläge, die inhaltlich unklar und unbestimmt und deshalb ungeeignet sind, als Grundlage eines Vergleichsverfahrens zu dienen, sowie Vorschläge, die das „Wie" der Befriedigung übergehen (§ 174 KO, also keine Angaben über Höhe, Art und Zeit der an Stelle der Auskehrung der Verteilungsmasse tretenden Befriedigung der Konkursgläubiger enthalten, ebenso Vorschläge, die nichts darüber beinhalten, ob und gegebenenfalls in welcher Art an eine Sicherstellung gedacht ist;

cc) Vorschläge, die ein von vornherein vergleichsunwürdiger Gemeinschuldner stellt[2]. Dies ist dann der Fall, wenn einer der in § 175 KO aufgeführten Tatbestände, die einen Zwangsvergleich überhaupt ausschließen, erfüllt ist. Das Gesetz betrachtet unwiderleglich den Gemeinschuldner, der beispielsweise flüchtig oder wegen betrügerischen Bankrotts rechtskräftig verurteilt ist oder gegen den ein Verfahren wegen eines solchen Delikts an-

---

1 Vgl. hierzu Jäger aaO Anm. 13.
2 Vgl. Baur aaO § 56 B II 1 b.

hängig ist, als vergleichsunwürdig. Es ist der objektiv in den äußeren Umständen begründete Verdacht einer unlauteren Verschleierung der Vermögenslage, der diese Unzulässigkeitsgründe rechtfertigt.

dd) Das Gesetz kennt zwar kein amtswegiges Einschreiten gegen aussichtslose und mutwillig gestellte Vorschläge, auf Antrag kann das Gericht jedoch nach seinem pflichtgemäßen Ermessen unter den Voraussetzungen des § 176 KO solche oder sonstwie unnütze und nur Kosten und Mühen verursachende Vorschläge zurückweisen.

Diese gesetzliche Einzelaufzählung will u. E. die Frage der gerichtlichen Überprüfung eines Vergleichsvorschlags erschöpfend behandeln. Hierfür spricht nicht nur die Tatsache, daß das Gesetz eine sehr ausführliche und ins einzelne gehende Regelung enthält, sondern auch daß die in den §§ 173 ff ausdrücklich benannten Unzulässigkeitsgründe tatsächlich alle wesentlichen Mißbrauchsmöglichkeiten des Gemeinschuldners erfassen. Die Praxis kennt kein Bedürfnis für eine Erweiterung dieses Kataloges durch Einführung eines generellen Unzulässigkeitsgrundes, der innerhalb der Enumeration der §§ 173 ff KO wie ein Fremdkörper wirken müßte.

Daneben lassen die §§ 173 ff KO eine Beschränkung der richterlichen Prüfungskompetenz auf die Überprüfung des Vergleichsvorschlags nach vorwiegend formellen, jedenfalls aus den äußeren Umständen ohne Schwierigkeit festzustellenden Mängeln erkennen.

Richterliche Zurückhaltung erscheint auch deshalb geboten, weil der zu überprüfende Gegenstand, der Vergleichsvorschlag, die Ankündigung einer bürgerlich-rechtlichen Willenserklärung des Gemeinschuldners an die Konkursgläubiger auf Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages, wenn auch unter den Augen des Gerichts, darstellt. Auf diesem privaten Sektor mag die Eigenverantwortlichkeit der beteiligten Gläubiger weitgehendst mitbestimmend wirken. Nach der Entscheidung des Gesetzes liegt es nicht im öffentlichen Interesse, dieser Eigenverantwortlichkeit aus anderen als offenkundigen und unschwer zu erkennenden Fehlerhaftigkeitsgründen zuvorzukommen. Indem das Gesetz das Gericht allein auf unschwer festzustellende Mängel verweist, vermeidet es gleichzeitig die Gefahr, daß Vorschläge, die dem Gläubigerinteresse entgegenkommen, leichtfertig in einem Verfahren, dem die notwendigen Kautelen einer gerichtlichen Untersuchung — es wahrt z. B. nicht das rechtliche Gehör aller Beteiligten — fehlt, vom Gericht zurückgewiesen werden. Richtig ist es doch wohl, die Entscheidung über einen Vergleichsvorschlag des Gemeinschuldners den Konkursgläubigern, um deren Befriedigung es jetzt geht, zu überlassen und ein gerichtliches Einschreiten nur in solchen Fällen als notwendig anzunehmen, in denen der Fortgang der Vergleichsverhandlungen für die Rechtsordnung unerträglich erscheint. Setzt aber schon die konkursgerichtliche Zurückweisung eines Vergleichsvorschlags, der offensichtlich aussichtslos oder mutwillig gestellt ist und nur unnütze Kosten verursachen kann (§ 176 KO), einen Antrag des Konkursverwalters oder des Gläubigerausschusses voraus und ist die Zurückweisung auch dann nur möglich, wenn bestimmte

formale Gründe dazu gegeben sind, so spricht auch dies entschieden gegen eine weitergehende Einmischung des Konkursgerichts in den Verfahrensablauf in diesem Verfahrensabschnitt. Wir sind daher der Auffassung, daß es — abgesehen von grundsätzlichen Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Rechtsschutzbedürfnisbegriffes hier überhaupt — sowohl an einem praktischen Bedürfnis für die Anwendung des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses fehlt, da die spezielle Regelung der §§ 173—176 KO dieses Bedürfnis hinreichend befriedigt, als auch, wo ein Bedürfnis im Einzelfall auftauchen könnte, dem Gesetz entnommen werden muß, daß es die gerichtliche Prüfungskompetenz abschließend regelt.

b) Die gerichtliche Bestätigung des angenommenen Zwangsvergleichs

Der Zwangsvergleich kommt — wie ausgeführt — durch die Annahme des schuldnerischen Antrags im Vergleichstermin zustande. Er bedarf zu seiner Wirksamkeit der konkursgerichtlichen Bestätigung (§ 184 Abs. I KO). Ein Vergleich mit der Stellung des Vormundschaftsgerichts in den Fällen der §§ 1643, 1821 f, 1754 Abs. 1 BGB drängt sich auf[1]. Wie dort ein bürgerlichrechtliches Rechtsgeschäft der gerichtlichen Genehmigung bedarf, ist hier die gerichtliche Bestätigung Voraussetzung der Wirksamkeit des Zwangsvergleichsvertrages. Die Bestätigung des Konkursgerichts gehört wie die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts begrifflich der freiwilligen Gerichtsbarkeit an, wenn sie auch nicht Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Sinne des § 1 FGG ist[2]. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob der Rechtsschutzbedürfnisbegriff für Maßnahmen der Gerichte, die begrifflich der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuteilen sind, überhaupt irgendwelche Bedeutung entfalten kann. Im Bereiche der konkursgerichtlichen Bestätigung nach § 184 Abs. 1 KO jedenfalls ist für eine Rechtsschutzbedürfnisprüfung kein Raum. Es fehlt die hierfür vorauszusetzende Verfahrenslage. Die gerichtliche Bestätigung erfordert keinen Antrag[3]; das Konkursgericht wird hier von Amts wegen fürsorglich tätig.

Aber abgesehen davon versagt das Rechtsschutzbedürfnis schon dem Begriffe nach. Gegenstand der richterlichen Überprüfung ist ein privat-rechtlicher Vertrag, dessen Wirksamkeit von einem gerichtlichen Tun abhängig ist. Es geht hier nicht um die Frage, ob eine Prozeßhandlung der Beteiligten das Gericht übermäßig in Anspruch nimmt, konkursfremde Ziele verfolgt oder sonstwie mißbräuchlich ist, sondern darum, ob ein besonderer privatrechtlicher Vertrag auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Weg zustande gekommen ist. Die Konkursordnung schreibt jenen gesetzlichen Weg in den §§ 186—188 KO vor. Dort wird das Konkursgericht angewiesen, die beteiligten Konkursgläubiger und unter ihnen namentlich die Minderheit vor Übervorteilungen zu schützen und jeden Mißbrauch der Zwangsvergleichsmöglichkeit zu verhindern. Die so vorgezeichnete Abwehrtätigkeit des Konkursgerichts erfolgt aus einer völlig anderen Intention, als wir sie beim Rechtsschutzbedürfnisbegriff vorfinden.

1 Vgl. Baur aaO § 56 B II 3 a; Jäger aaO § 184 Anm. 1.
2 § 72 KO; so auch Jäger aaO § 173 Anm. 10.
3 Vgl. Jäger aaO § 184 Anm. 5.

Es würde eine Verwechslung der Begriffe darstellen, wollte das Konkursgericht einen Zwangsvergleich wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses (wessen?, wohl der Vertragspartner) verwerfen[1].
Das Rechtsschutzbedürfniserfordernis hat deshalb auch hier aus den Betrachtungen auszuscheiden.

4. Die Einstellung des Konkursverfahrens

Für unsere Betrachtungen interessiert lediglich die Einstellung des Konkursverfahrens bei Konkursverzicht aller Konkursgläubiger, da nur diese Art der Einstellung einen Antrag (des Gemeinschuldners) voraussetzt (§§ 202, 203 KO). Grundsätzliche Bedenken, die gegen die Anerkennung einer gerichtlichen Überprüfung dieses Antrags auf ein Rechtsschutzbedürfnis hin sprechen könnten, stellen sich wohl kaum ein, ist dieser Antrag doch eine verfahrensbeendigende Verfahrenshandlung. Gleichwohl kommt dem Rechtsschutzbedürfniserfordernis auch keine Bedeutung zu; ausschließlich praktische Gesichtspunkte sprechen gegen es. Nicht allein, daß diese Art der Einstellung, wie auch die Anträge des Gemeinschuldners selbst, in der Praxis selten vorkommen[2]; die Konkursordnung selbst benennt einen weitaus schlagkräftigeren Tatbestand zur Abwehr eines mißbräuchlichen Vorgehens des Gemeinschuldners, als wir mit der Generalklausel Rechtsschutzbedürfnis je schaffen könnten. § 202 KO macht nämlich die Zulässigkeit des schuldnerischen Antrags abhängig von der Zustimmung aller fristgerecht gemeldeten Konkursgläubiger zu der beantragten Einstellung oder wenigstens von dem Nachweis des Wegfalls dieser Konkursgläubiger[3].
Eine wirksamere Abwehrmöglichkeit einer unlauteren Antragstellung gibt es nicht. Sind sämtliche Konkursgläubiger zu einem Verzicht auf die Fortsetzung des Konkursverfahrens bereit, gelingt dem Gemeinschuldner also eine außerkonkursmäßige Regelung seiner Schuldverhältnisse mit sämtlichen Konkursgläubigern, so kann faktisch kein dem Schuldnerinteresse an der Einstellung vorrangiges Allgemeininteresse an einer Fortführung des Konkursverfahrens bestehen. Ein mißbräuchliches Verhalten, das die Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisbegriffs trotzdem fordern könnte, ist unter diesen Umständen in so hohem Maße unwahrscheinlich, daß eine richterliche Überprüfung des schuldnerischen Antrags auf ein Rechtsschutzbedürfnis hin wohl zulässigerweise ausgeschlossen werden kann. Einen anderen Standpunkt einnehmen, hieße gegen jene Grundsätze der Prozeßökonomie verstoßen, die den Rechtsschutzbedürfnisbegriff selbst tragen. Daher gebieten es Gründe der Zweckmäßigkeit, das Gericht ausschließlich auf die Nachprüfung des Zustimmungserfordernisses zu verweisen. Selbstverständlich hat es daneben auch die allgemeinen Prozeßhandlungsvoraussetzungen zu prüfen.

---

1 Wollte man diese Verschiedenheit leugnen, müßte man etwa auch bestimmte Erwägungen des Vormundschaftsgerichts im Rahmen seiner fürsorglichen Tätigkeit für das Mündel dem Rechtsschutzbedürfnisbegriff unterstellen.
2 Vgl. hierzu die Statistik bei Jäger aaO § 163 Anm. 10, wo für das Jahr 1931 ausgewiesen ist, daß nur 1 v. H. aller eröffneten Konkursverfahren infolge Konkursverzichts eingestellt worden sind.
3 Vgl. Jäger aaO §§ 202, 203 Anm. 2.

I. Die geschriebenen Erfordernisse des Konkurseröffnungsantrags

Ausgangspunkt unserer weiteren Erörterungen müssen die Voraussetzungen sein, die das geschriebene Konkursrecht an den Konkurseröffnungsantrag knüpft.

Die Konkurseröffnung hat neben anderen, hier nicht interessierenden Voraussetzungen — wie z. B. der Konkursfähigkeit oder Zuständigkeit etc. —

als formelle Voraussetzung den Antrag eines späteren Konkursgläubigers oder des nachmaligen Gemeinschuldners[1] und

als materielle Voraussetzung die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung[2] des späteren Gemeinschuldners.

Den Antrag eines Gläubigers auf Konkurseröffnung berücksichtigt das Gericht erst, wenn es in einer Vorprüfung die Zulässigkeit des Antrags festgestellt hat und den Antrag zuläßt. Denn nach § 105 Abs. 1 KO findet eine sachliche Würdigung des Antrags durch das Gericht erst dann statt, wenn der Gläubiger seine Antragsbefugnis, d. h. sein Konkursgläubigerrecht im Sinne einer im Konkursverfahren anmeldbaren Forderung, und die materielle Voraussetzung glaubhaft gemacht hat.

Erfüllt der Antragsteller diese Anforderungen nicht, so ist sein Antrag unzulässig. Gelingt ihm die Glaubhaftmachung, so läßt das Gericht den Antrag zu, ohne eine förmliche, die Vorprüfung beendende Entscheidung zu fällen. In dem sich dann anschließenden Verfahren, das zur Entscheidung über die Konkurseröffnung führt, hat das Gericht von Amts wegen (§§ 75, 105 Abs. 2 KO) die Frage zu klären, ob die materielle Voraussetzung, der Konkursgrund, tatsächlich vorliegt. Die Glaubhaftmachung des Konkursgrundes genügt wohl zur Zulassung des Antrags, zur Eröffnung des Konkursverfahrens bedarf es jedoch der richterlichen Gewißheit über die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Gewinnt das Gericht die erforderliche Überzeugung, so wird es das Verfahren eröffnen, andernfalls den Antrag als unbegründet zurückweisen.

Diese knappe und zunächst unproblematische Darstellung des Konkurseröffnungsverfahrens, wie es das geschriebene Recht vorsieht, mag hier genügen. Jetzt taucht aber schon die Frage auf, ob neben den geschriebenen Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Konkurseröffnungsantrags das ungeschriebene Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses zu fordern ist.

---

[1] Bei dessen Anträgen treten jedoch in der Praxis keine Fälle des Rechtsschutzbedürfnisses auf, da das Risiko des Konkurses mit seinen Folgen für den Gemeinschuldner jede mißbräuchliche Herbeiführung eines Konkursverfahrens durch diesen selbst verbietet. Theoretisch wäre allenfalls an die Fälle des Scheinkonkurses zu denken.

[2] Die Sonderfälle der §§ 207 ff KO für juristische Personen, Vereine etc. sollen nicht weiterverfolgt werden, da eine auf natürliche Personen beschränkte Erörterung die Problematik hinreichend zu erschöpfen vermag.

II. Das ungeschriebene Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurseröffnungsverfahren

1. Übersicht über den Stand von Rechtsprechung und Rechtslehre

Die Rechtsprechung hat, wenn auch spät[1], die Bedeutung des Rechtsschutzbedürfnisses als ein die Zulässigkeit der Konkursanträge einschränkendes Rechtsinstitut in zunehmendem Maße erkannt[2].

In der Rechtslehre hat Jäger als erster der Kommentatoren der Konkursordnung dem Rechtsschutzbedürfnis breiteren Raum eingeräumt. Er brachte zum erstenmal eine Reihe von Fällen, in denen — wie er sich ausdrückt — das Recht zur Konkursbeantragung, das § 103 Abs. 2 KO jedem Konkursgläubiger einräumt, öffentlichen Rücksichten weichen müsse[3] oder der Verdacht mißbräuchlicher Antragstellung naheliege[4] oder jedes schutzwürdige Interesse fehle[5]. In so gelagerten Fällen habe der antragstellende Konkursgläubiger nicht nur seine Antragsbefugnis und das Vorliegen des Konkursgrundes glaubhaft zu machen, sondern dazu auch, daß er am Konkurs ein schutzwürdiges Interesse habe[6]. Erweise sich der Konkursantrag hiernach als zulässig, so habe das Konkursgericht nach Anhörung des Schuldners (§ 105 Abs. 2, 3 KO) trotzdem von Amts wegen die Frage der Schutzwürdigkeit abschließend zu klären[7]. Die Wissenschaft des Prozeßrechts habe zwar das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses bisher nur als Vorbedingung der Zulässigkeit im Erkenntnisverfahren erörtert; es gelte aber nicht minder für den Konkurs, denn dieses Erfordernis bedeute, daß jeder, der eine staatliche Rechtsschutztätigkeit begehre, an ihr ein schutzwürdiges Interesse haben müsse.

Neuerdings gibt Weber[8] den Anregungen Jägers in der Neuauflage dessen Kommentars zur Konkursordnung breiteren Raum. Seine Ausführungen fußen auf der herrschenden Lehre. Auch er ist der Ansicht, daß in der Regel kein Anlaß zu einer besonderen Rechtsschutzbedürfnisprüfung besteht. Bei besonderer Fallgestaltung jedoch, wenn — um nur die hauptsächlichen Fallgruppen zu nennen —

a) der Gläubiger mit der Antragstellung unlautere Zwecke verfolge,

---

1 Einmal wohl deshalb, weil die Grundsätze der bona fides im Verfahrensrecht erst spät Geltung erhielten; zum andern aber wohl auch deshalb, weil ein Schutzbedürfnis des Gerichts vor unlauterer, mißbräuchlicher Inanspruchnahme erst später auftrat, als nämlich der Konkursantrag im Wirtschaftsleben nicht mehr seine ursprüngliche, unverfälschte Bedeutung hatte und keine Ausnahmeerscheinung mehr darstellte, sondern im Laufe der Jahre fast zum Regelmittel der Durchsetzung von Gläubigerrechten wurde. So wurden noch in den Jahren um 1930 Konkursanträge regelmäßig von den Schuldnern gestellt. Heute hat sich das Bild nicht unwesentlich verändert, Gläubigeranträge werden immer zahlreicher und damit auch die Gefahr einer Verfälschung der dem Konkursverfahren innewohnenden öffentlichen Zwecke.

2 Die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle werden noch im einzelnen dargestellt und untersucht werden.

3 Vgl. Jäger aaO § 103 Anm. 1.

4 Vgl. Jäger aaO § 103 Anm. 2 b.

5 Vgl. Jäger aaO.

6 Vgl. Jäger aaO § 105 Anm. 1; ders., Mißbrauch der Konkursantragsbefugnis in KonkTreuh 1936, S. 81.

7 Jäger KonkTreuh aaO.

8 In Jäger-Weber aaO § 103 Anm. 6.

b) es dem Gläubiger nicht um die Durchführung eines gemeinschaftlichen Befriedigungsverfahrens gehe, sondern vor allem um die wirksame und vor anderen bevorzugte Beitreibung seiner Forderung,

c) der Gläubiger auf einfacherem und zweckmäßigerem Weg zum Ziel kommen könne oder das Konkursverfahren nicht das geeignete Verfahren sei,

soll nach Weber das Rechtsschutzbedürfnis zu prüfen und zu verneinen sein. Mentzel-Kuhn[1] und Böhle-Stamschräder[2] folgen im wesentlichen der Auffassung Jägers.

Baur[3] stellt es in Frage, ob der Konkursantrag ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis voraussetze. Für die Regel ist nach seiner Auffassung diese Frage zu verneinen, denn die Gläubigereigenschaft[4] legitimiere zur Antragstellung. Ausnahmsweise[5] könne aber — Baur nennt einige dieser Ausnahmefälle — „ein berechtigtes Interesse" des Gläubigers an der Durchführung des Konkurses fehlen und der Konkursantrag deshalb als unzulässig abgewiesen werden.

2. *Die grundsätzliche Anwendbarkeit des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkursverfahren*

Auch nach unserer Auffassung ist diesen herrschenden Stimmen in der Rechtslehre zumindest insoweit zuzustimmen, als sich der Geltung des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurseröffnungsverfahren nicht die grundsätzlichen Bedenken entgegenstellen, die bislang in den anderen bereits untersuchten Stadien des Konkursverfahrens zu seiner Ablehnung führten. Hier hat es vielmehr seinen angestammten Platz im Konkurs. Im Stadium des Konkurseröffnungsverfahrens treffen wir eine dem Klageverfahren vor dem erkennenden Gericht wenigstens teilweise gleichzusetzende Verfahrenslage an. Beide, Klage und Antrag auf Konkurseröffnung, sind insoweit vergleichbare Prozeßhandlungen, als auch der Konkursantrag das Verfahren einleitet und ein Rechtsschutzbegehren darstellt, das auf das Ziel des Gesamtverfahrens gerichtet ist. Der Konkurseröffnungsantrag ist

---

1 Mentzel-Kuhn, Kommentar zur Konkursordnung, § 105 Anm. 5.

2 Böhle-Stamschräder aaO § 105 Anm. 4. In NJW 1951, S. 120 sieht B.-St. in einer Anmerkung die Rechtsgrundlage für die Anwendung des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses im Konkurs in § 72 KO. Hiernach müßten, so meint er, neben den geschriebenen Bestimmungen der ZPO auch deren allgemeine Grundsätze, insbes. das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses in das Konkursverfahrensrecht einbezogen werden. Vor allem für die Einleitung eines Verfahrens von der Tragweite des Konkurses müsse gelten, daß der Staat nur demjenigen seine Entscheidungs- und Zwangsgewalt gewähre, der „ein ausreichendes Interesse an der Inanspruchnahme der staatlichen Machtmittel in der gewählten Form zum Zwecke der Verwirklichung seines Rechts" habe; ähnlich auch Mentzel-Kuhn aaO. Indessen scheint uns — abgesehen von unseren Bedenken zu der allgemein üblichen Definition des Rechtsschutzbedürfnisses — der formale Rückgriff auf § 72 KO zumindest unnötig, da der Rechtsschutzbedürfnisbegriff nicht nur eine Kategorie des Zivilprozesses, sondern jeder Art von Rechtsschutzgewährung ist.

3 In Schönke-Baur aaO § 53 A III 3 a.

4 Diese Formulierung scheint uns allerdings nicht unbedenklich, da sie sich stark an eine materiellrechtliche Betrachtungsweise anlehnt.

5 Dieses Ausnahmeverhältnis wird ja auch schon bei Weber, oben S. 93 N. 8 deutlich, der ebenfalls im allgemeinen keinen Anlaß zu einer besonderen Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses annimmt, wenn die geschriebenen Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben sind.

trat oder von vielen, sondern die Verfahrenshandlung des Konkurses auf der Seite der Gläubiger. Seine Tragweite ist ungleich höher zu bewerten als die aller sonstigen Anträge, die dem Konkursgericht zur Entscheidung vorliegen. Von seiner Entscheidung hängt nicht die Beantwortung einer Einzelfrage ab, die das Gesamtverfahren kaum zu beeinflussen vermag, sondern das Schicksal des Gesamtverfahrens überhaupt und letztlich die Frage, ob Rechtsschutz gewährt werden soll oder nicht. Der an den Klagen des Zivilprozesses entwickelte Rechtsschutzbedürfnisbegriff kann daher unbedenklich im Grundsatze auch auf den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens angewendet werden.

Ein Bedürfnis für die Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisbegriffs, d. h. für einen gewissen Tatbestand zur Abwehr mißbräuchlicher Verhaltensweisen bei der Konkursantragstellung ist, wie die Rechtsprechungspraxis zeigt, durchaus vorhanden. Das Schweigen des positiven Rechts darf uns nicht verführen. Es wäre nicht einzusehen, weshalb die starren Grenzen gerade in diesem Rechtsschutzverfahren ohne besonderen Schutz etwaigen Mißbrauch oft wehrlos gegenüberstehen sollten. Was für alle Rechtsschutzverfahren gilt, muß auch für das Konkursverfahren gelten. Zwar vermag das geschriebene Konkursrecht sicherlich Schutz zu bieten, doch weist es, wie gerade die Rechtsprechungspraxis ergibt, in dieser Hinsicht, wie noch zu zeigen sein wird, gewisse Lücken auf. Als diese Lücken mit den Vorstellungen des bona fides-Gedankens in unserer Gesamtrechtsordnung und dem wachsenden Verständnis für ein Schutzbedürfnis des Staates vor mißbräuchlicher Inanspruchnahme durch den Bürger wahrgenommen werden mußte, das Bedürfnis nach einem ungeschriebenen Rechtsinstitut entstehen, das frei aller Mängel der positiv-rechtlichen Generalklausel, frei aller Überstrenge, aller Gefahren einer Rechtsunsicherheit die Grundsätze der bona fides auch für das Konkursrecht im Verhältnis des einzelnen Rechtsschutzsuchenden zum rechtsschutzerteilenden Gericht verwirklicht. Die Grundlagen eines solchen Rechtsinstituts haben wir in unserem allgemeinen Teil aufzuzeigen versucht. Seine Konturen blieben in der abstrakten Erörterung notwendigerweise unscharf. Erst die Prüfung des einzelnen Sachverhalts kann diese Konturen schärfer herausarbeiten.

Die generelle Geltung des Rechtsschutzbedürfnisbegriffs im Konkurseröffnungsverfahren wird also auch von uns bejaht. Damit ist die Frage nach dem „Ob" entschieden. Offen bleibt das „Wie".

Hier führen die kurzen Ausführungen von Baur[1] auf den richtigen Weg, wie wir ihn bereits in unseren allgemeinen Ausführungen aufgezeigt haben, zurück. Das Rechtsschutzbedürfnis ist ein Ausnahmetatbestand und seine Anwendung nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt.

Wir wollen hier nicht wiederholen. Wenn wir aus unseren allgemeinen Erkenntnissen für das Konkurseröffnungsverfahren eines folgern dürfen, so dieses: Nicht der Antragsteller hat glaubhaft zu machen, daß sein Begehren schutzwürdig ist und er nicht mißbräuchlich handle, sondern das Gericht hat dem Antragsteller

1 Vgl. oben S. 94; grundsätzlich hierzu auch oben S. 41 ff.

entgegenzuhalten und zu beweisen, daß er dies tue. Mit anderen Worten: Das Gericht hat die durch die gesetzliche Einrichtung des Konkursrechtswegs und die durch Erfüllung der von dem Gesetz an die Inanspruchnahme dieses Rechtsschutzweges geknüpften Vorbedingungen geschaffene Vermutung für die Schutzwürdigkeit des Antragstellers, d. h. für dessen Rechtsschutzbedürfnis, zu widerlegen. Insofern folgen wir der von der herrschenden Lehre vertretenen Auffassung vom Wesen des Rechtsschutzbedürfnisses, der ja auch Jäger, Jäger-Weber, Mentzel-Kuhn und Böhle-Stamschräder beipflichten, nicht. Mit guten Gründen, denn die herrschende Lehre wird dem Verhältnis des einzelnen Rechtsschutzsuchenden zum Staat nicht gerecht, sieht nicht die Rangfolge von Rechtsschutzerteilung und Einschränkung des gesetzlich eröffneten Rechtsschutzes, erkennt auch nicht die wahre Rechtsnatur des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses als Abwehrmittel des Gerichtes gegen mißbräuchliches prozessuales Vorgehen eines Rechtsschutzbegehrenden und verkennt schließlich das Verhältnis von Regel und Ausnahme. Richtigerweise fragen wir, welche besonderen Umstände eine Einschränkung des Konkursrechtsschutzes rechtfertigen können, obgleich der Rechtsschutzsuchende alle Erfordernisse, die das geschriebene Recht an die Inanspruchnahme der Rechtsschutztätigkeit stellt, erfüllt.

Jene besonderen Umstände, die zur Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisbegriffes führen, dürfen allerdings im Bereiche des Konkursrechts mit geringeren Bedenken bejaht werden als etwa im zivilprozessualen Rechtsbereich. Allgemeine öffentliche Ziele stehen hier im Vordergrund und lassen die Stellung des Gerichts dem Einzelnen gegenüber als stärker erscheinen. Entfernter liegt hier der Verdacht einer Rechtsschutzverweigerung, denn eben jene öffentliche Zielsetzung des Konkursverfahrens läßt eine strengere Beurteilung des verfahrensmäßigen Vorgehens des Antragstellers zu.

Vergessen wir aber nicht, daß Wesen und Ziel des Konkurses bereits in den geschriebenen Erfordernissen der Konkurseröffnung zum Ausdruck kommen; vergessen wir auch nicht, daß der Gesetzgeber diese Erfordernisse auch für ausreichend erachtete, ein ordnungsgemäßes und sachgerechtes Verfahren zu gewährleisten. Mit dieser Mahnung wollten wir noch einmal den Grundsatz der Subsidiarität des Rechtsschutzbedürfnisses ins Gedächtnis zurückrufen. Dieser Grundsatz wird uns zunächst beschäftigen müssen, denn nicht immer ist das Schrifttum wie auch die höchstrichterliche Rechtsprechung, die uns bei unserer Einzelfallbetrachtung nahezu ausschließliches Leitbild sein muß, richtig beraten gewesen. Nicht immer dann, wenn man ein mißbräuchliches, dem Rechtsempfinden unerträglich erscheinendes Verfahrensverhalten eines Beteiligten zu entdecken glaubt, sollte man nach dem Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses rufen. Es sollte vielmehr stets an letzter Stelle der richterlichen Würdigung stehen und dem Antragsteller erst dann entgegengehalten werden, wenn andere Möglichkeiten des positiven Rechts versagen. Erst wenn wir die speziellen, normierten Voraussetzung der §§ 102 ff KO bejahen können, kann die Frage auftauchen, ob wir trotz Erfüllung aller positiv-rechtlichen Erfordernisse der Konkurseröffnung einem Konkursantrag aus ungeschriebenen, allgemeinen Grundsätzen den Rechtsschutz verneinen müssen. Dies gilt im

Konkurs wie im Prozeßrecht, denn nur so retten wir uns vor der Uferlosigkeit der Generalklausel und der Gefahr, daß das Rechtsschutzbedürfnis zum Unterschlupf vieler ungeklärter Probleme wird[1].

III. *Die Einzelfälle des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurseröffnungsverfahren*

1. Die Ausführungen des BGH in den Gründen seines Urteils vom 5. November 1956[2] geben Anlaß, an die vorstehende Mahnung anzuknüpfen. In den Entscheidungsgründen finden sich unter anderem folgende Sätze:
. . . „Beabsichtigt der Konkursrichter, ein Konkursverfahren zu eröffnen, so hat er wegen der wirtschaftlichen Tragweite Ermittlungen darüber anzustellen, ob der Schuldner zahlungsunfähig ist. Die Undurchsichtigkeit der Vermögenslage sowie die mangelnde Bereitschaft eines Schuldners, zur Aufklärung beizutragen und seine vorhandenen Vermögenswerte für die Gläubiger zu versilbern, sind kein Konkursgrund. Die Undurchsichtigkeit von Außenständen berechtigt daher den Konkursrichter nicht, diese Werte bei seiner Prüfung außer Betracht zu lassen. Auch das Drängen eines Hauptgläubigers ist kein Konkursgrund, sondern im Gegenteil fehlt für den Konkursantrag ein Rechtsschutzinteresse, wenn der Antrag nur gestellt wird, um eigene Vollstreckungsmaßnahmen zu ersparen und einen zahlungsfähigen, wenn auch vielleicht böswilligen Schuldner, unter Druck zu setzen."
Diese Begründung ist bis zu den Worten „sondern im Gegenteil" nicht anzutasten. Weshalb aber, so ist zu fragen, bemüht das Gericht, obgleich in dem zu entscheidenden Fall offensichtlich der Konkursgrund nicht gegeben war, noch das Erfordernis des Rechtsschutzinteresses?
Man könnte glauben, daß die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit allein nicht genüge, den Konkursantrag zurückzuweisen. Und doch lag nichts näher als eine Beschränkung auf diese Feststellung, zumal der Mangel eines Rechtsschutzbedürfnisses nur damit erklärt werden konnte, daß der Konkursantrag gegen einen zahlungsfähigen Schuldner gestellt wurde. Dieser Umstand allein sollte dem Antrag die Schutzwürdigkeit nehmen?
So ist es doch in Wahrheit. Denn niemand wird behaupten, allein schon die Tatsache, daß der antragstellende Gläubiger beabsichtigt, mit dem Konkursantrag einen Druck auf seinen Schuldner auszuüben, schließe ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Eröffnung des Konkursverfahrens aus. Überdies wäre eine solche Absicht durchaus verständlich und, allein wenigstens, niemals geeignet, einen Konkursantrag als mißbräuchlich erscheinen zu lassen, andernfalls wohl die Mehrzahl aller Konkursanträge nicht konkursschutzwürdig wären.

1 Es sei nochmals an die Warnung Böttichers aaO erinnert.
2 In BB 1957, S. 8 = KonkTreuh 1957, S. 12 (13) = LM § 839 (Fi) BGB Nr. 4, Soweit uns ersichtlich, die einzige Entscheidung des BGH, in welcher die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurseröffnungsverfahren angesprochen wird, allerdings auch dort nur als obiter dictum, nicht als die Entscheidung tragende Begründung.

Die Absicht, mit dem Konkursantrag einen Druck auf den Schuldner auszuüben, könnte allenfalls zusammen mit anderen Umständen die Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisbegriffes rechtfertigen[1].

Welche weiteren Gründe sind in den Entscheidungsgründen noch aufgezählt? Einmal das Vorhaben des Gläubigers, eigene Vollstreckungsmaßnahmen zu ersparen. Aber auch dies führt allein keinesfalls zur Schutzunwürdigkeit des Antrags. Dies wird sogar sehr oft von Konkursgläubigern, deren Forderung bereits tituliert ist, mit beabsichtigt sein. Es besteht aber kein Anlaß, die Gläubiger titulierter Forderungen gegenüber Gläubigern nicht titulierter Forderungen zu benachteiligen, indem man an die Anträge der ersteren höhere Anforderungen stellt. Gerade das Gegenteil sollte der Fall sein, wie die Regelung des § 146 KO zeigt. Ebenso gut könnte man den Antragstellern, die nicht über titulierte Forderungen verfügen, vorhalten, daß sie sich nicht nur Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, sondern sogar ein hierfür erforderliches richterliches Erkenntnis ersparen wollten. Sicherlich eine völlig irrige Argumentation, da ja die Konkursordnung gerade diese Situation als regelmäßig annimmt. Andererseits kann deshalb aber auch der Verdacht, der Gläubiger wolle eigene, auf Grund des vollstreckbaren Titels mögliche Vollstreckungsmaßnahmen ersparen, ein mißbräuchliches und konkursfremdes Gläubigerverhalten nicht begründen. Weiteres ist hierzu erforderlich[2].

Kann man aber nicht wenigstens in beiden bisher genannten Umständen ein zur Rechtsschutzbedürfnisverneinung genügendes mißbräuchliches Verhalten des Gläubigers erblicken?

Setzen wir zunächst den Fall, daß der Gläubiger einem zahlungsunfähigen Schuldner gegenüberstände. Könnte man dann wirklich dem Gläubiger ein schutzwürdiges Interesse an der Verfolgung seiner Rechte im Konkurs absprechen? Wäre die Konkurseröffnung dann nicht ganz unabhängig von der Motivation des antragstellenden Gläubigers aus öffentlichen Gründen schon geboten? Nimmt man den Fall so, dann müßten zweifellos wiederum ganz besondere Umstände vorliegen, damit man die Schutzwürdigkeit des Konkursantrages verneinen könnte. Ein solch besonderer Umstand würde allenfalls dann vorliegen, wenn der Gläubiger nachweislich[3] nicht ernstlich an der Durchführung des Konkurses interessiert wäre, sondern mit seinem Antrag allein erreichen wollte, daß der Schuldner ihn, unter dem Druck des bevorstehenden Konkurses, vor allen anderen Gläubigern außerkonkursmäßig befriedige, also neue Schulden machen müßte.

So aber liegt unser Fall gar nicht. Das Urteil des BGH geht ja davon aus, daß es sich um einen zahlungsfähigen Schuldner handle, der nur böswillig und zahlungsunwillig ist. Dieser Umstand ändert zwar sehr viel am Ergebnis unserer bisher getroffenen Entscheidungen, aber nicht im Sinne der Gründe des Urteils des BGH. Was nunmehr den Konkursantrag des Gläubigers schutz-

---

1 Vgl. z. B. den unten S. 120 geschilderten Fall.
2 Vgl. z. B. den unten S. 99 f geschilderten Fall.
3 Vgl. den unten S. 120 geschilderten Fall.

unwürdig macht, ist, daß er gegen einen zahlungsfähigen Schuldner gestellt wird. Dies ist aber auch der einzige Grund dafür, daß der Konkursantrag nicht für konkursschutzwürdig zu halten ist. Dieser Fall der Konkursschutzunwürdigkeit eines Antrages bestimmt sich jedoch nicht nach dem Rechtsschutzbedürfniserfordernis; das Gesetz faßt diesen Fall vielmehr, indem es die Zahlungsunfähigkeit zur Vorbedingung der Konkurseröffnung macht, ausdrücklich in eine spezielle Vorschrift. Der Antrag des Gläubigers ist im vorliegenden Fall allein deshalb zurückzuweisen, weil er das Erfordernis des Konkursgrundes nicht erfüllt[1]. Die Zivilsenate des RG[2] haben stets die Auffassung vertreten, daß bei einer irrtümlich unterstellten oder böswillig vorgespiegelten Zahlungsunfähigkeit keine Zahlungseinstellung vorliege. Das gleiche muß folgerichtig auch dann gelten, wenn der Konkursgläubiger die Täuschungsabsicht des Schuldners erkennt und trotzdem Konkursantrag stellt. Wollten wir hier, wo das positive Recht genügend Schutz bietet, auf den Rechtsschutzbedürfnisbegriff zurückgreifen, so begingen wir den nämlichen Fehler, den wir der Rechtslehre und der Rechtsprechung im Gebiete des Erkenntnisverfahrens vorzuwerfen hatten, wenn diese dort materiell-rechtliche Fragen der Begründetheit (etwa den Fall der „bewußt" aussichtslosen oder „offensichtlich" unbegründeten Klage) mit denen des Rechtsschutzbedürfnisses vermengte. Ähnlich wie diese Klagen nicht mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses des Klägers als unzulässig, sondern vielmehr als unbegründet zurückgewiesen werden mußten, fehlt hier, gleichgültig, ob der Antragsteller die Zahlungsfähigkeit des Schuldners kennt oder nicht, allein die materielle Voraussetzung des Konkursgrundes. Wollten wir anders entscheiden, so stellten wir das Gericht vor die in der Praxis umständliche und verfahrenshindernde Fragestellung, ob es nicht, nachdem es bereits von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners überzeugt ist und aus diesem Grunde den Antrag schon zurückweisen könnte, darüber hinaus noch ein besonderes, dem Antragsteller subjektiv vorwerfbares Verhalten, wie etwa gerade dessen Kenntnis von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners bei der Antragstellung, ermitteln müsse. In welche Sackgasse führten wir dann das Gericht, welche Mehrarbeit würden wir ihm völlig unnütz aufbürden, wenn wir es zwingen wollten, sich in einem eindeutigen Fall mit zusätzlichen Erwägungen über das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers zu plagen. Lassen wir also das Rechtsschutzbedürfnis, sei es auch nur im Interesse des Gerichts und der Verfahrensökonomie, hier beiseite.

2. Ähnlich liegen die folgenden Fälle:

a) Ein Gläubiger, der im Besitz eines vollstreckbaren Titels ist, versucht vergeblich, Gegenstände seines Schuldners zu pfänden. Der Gläubiger stellt hierauf den Antrag nach § 900 Abs. 1 S. 1 ZPO, der Schuldner erscheint jedoch im Termin zur Leistung des Offenbarungseides nicht. Da der Gläubi-

---

1 Für viele Jäger aaO § 102 Anm. 5.

2 Anders wegen des Strafzwecks der § 239 ff KO.
Wohl mit Recht die Strafsenate des RG, z. B. RGSt 41. Bd., S. 309 ff, KonkTreuh 1933, S. 168 Nr. 4, sowie des BGH, z. B. Urt. v. 8. 1. 1952 u. a. zitiert bei Böhle-Stamschräder, aus der Rspr. d. BGH zu den Strafbestimmungen der KO, KonkTreuh 1957, S. 26, N. 141 a; vgl. auch Jäger aaO § 30, 2.

ger die hohen Kosten des Haftkostenvorschusses für die Erzwingung des Offenbarungseides (§ 911 ZPO) ersparen will, stellt er alsbald Antrag auf Konkurseröffnung. Er hofft, auf diesem für ihn weit billigeren Weg eine gerichtliche Klärung der Vermögenslage, insbesondere der Zahlungsfähigkeit des Schuldners, zu erhalten.

Es liegt sofort nahe, in solchen Fällen eine mißbräuchliche Antragstellung anzunehmen. Man könnte dies etwa damit begründen, daß es dem Gläubiger hier gar nicht um die Liquidation des Schuldnervermögens zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger, sondern nur um die wirksame Beitreibung seiner eigenen Forderung gehe[1] oder daß der Gläubiger hier im Wege des Konkurses, d. h. auf staatliche Kosten ein Ziel erreichen wolle, das zu erreichen er den Weg der Zwangsvollstreckung unter erheblichen eigenen Kosten beschreiten müßte und daß deshalb der Gläubiger den seinem Bedürfnis angemessener erscheinenden Weg der Zwangsvollstreckung zu gehen habe[2]. Diese Erwägungen sind gewiß zutreffend, sie führen jedoch nicht zur Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses des Antragstellers. Denn auch insoweit bietet das geschriebene Recht eine sachgemäße und ausreichende Lösung.

Nach § 105 Abs. 1 KO ist es Sache des Gläubigers, die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zunächst glaubhaft zu machen, ehe das Gericht mit Hilfe amtlicher, für den Gläubiger kostenloser Zwangsmittel die Zahlungsunfähigkeit in vollem Umfange ermittelt. Gelingt es dem Gläubiger nicht, den Konkursgrund glaubhaft zu machen, so wird sein Antrag nicht zu einer sachlichen Würdigung zugelassen, und das Gericht wird auch seine Zwangsmittel zur Aufklärung nicht einsetzen. Wie Jäger[3] sehr richtig bemerkt, wird das Gericht die Vorprüfung eines Gläubigerantrags um so ernster nehmen, je näher der Verdacht mißbräuchlicher, konkursfremder Antragstellung liegt. In Fällen der geschilderten Art wird ein solcher Verdacht zumeist naheliegen. Das Gericht wird diesen Verdacht, sofern er begründet ist, in seiner den Antrag zurückweisenden Entscheidung nicht in den Begriff Rechtsschutzbedürfnis kleiden; es wird vielmehr das Begehren abweisen, weil der Antragsteller den Konkursgrund nicht hinreichend glaubhaft gemacht hat. Mit vollem Recht, denn was den Gläubigerantrag als mißbräuchlich erscheinen läßt, ist in Wahrheit, daß der Gläubiger, ohne selbst die Wahrscheinlichkeit der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners genügend dartun zu können, vom Gericht fordert, einen vollen Nachweis hierüber zu führen, daß er also Rechtsschutz verlangt, obwohl er selbst nichts tut oder getan hat, was das Gericht zur Klärung des Konkursgrundes veranlassen könnte. Vermag der Gläubiger jedoch den Konkursgrund hinreichend glaubhaft zu machen, so handelt er nicht mißbräuchlich. Soll etwa der Gläubiger, der zunächst versucht, seine Forderungen durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einzutreiben, gerade dieses Versuches wegen bestraft werden? Sollte man ihn nicht dafür loben,

1 So Jäger-Weber aaO § 103 Anm. 6.
2 So wohl Peter, Konkursanträge als Mißbrauch der Rechtspflege, NJ 1952, S. 76; Braß, Konkursanträge wegen einer Mark, KonkTreuh 1932, S. 36.
3 Jäger aaO § 103 Anm. 2 b, anders offenbar jetzt Jäger-Weber aaO.

da er doch wenigstens versucht hat, seine Rechte in dem für den Schuldner weniger schwerwiegenden Weg der Zwangsvollstreckung durchzusetzen und erst zuletzt zu dem schärfsten Mittel, dem Konkursantrag, gegriffen hat. Vermag der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners glaubhaft zu machen, so darf ihm nicht zugemutet werden, den Weg der §§ 900 ff ZPO zu gehen, sondern ihm muß das Recht zugestanden werden, die Konkurseröffnung zu beantragen. Es ist nunmehr Pflicht des Gerichts, ihm den begehrten Rechtsschutz, wie das Gesetz es vorsieht, zu gewähren.

Es kommt in solchen Fällen also darauf an, ob der Gläubiger den verschärften Anforderungen an die Glaubhaftmachung genügen kann oder nicht. Wenn ihm dies gelingt, so darf ihm seine Absicht, etwa auf staatliche Kosten zu ersparen, sofern ihm diese dann überhaupt noch nachgewiesen werden kann, nicht mehr zu seinem Nachteil entgegengehalten werden, da diese Absicht nunmehr legitimiert ist. Im übrigen wären ja in diesem Falle die Zwangsmaßnahmen des Offenbarungseidsverfahrens in aller Regel ohnehin fruchtlos verlaufen, denn es spricht eine starke Vermutung dafür, daß der Schuldner, wenn dem Gläubiger die Glaubhaftmachung gelingt, tatsächlich finanziell zusammengebrochen ist und seine fälligen Schulden nicht mehr begleichen kann. Den Antragsteller aber zunächst auf einen von vornherein fruchtlosen Verfahrensweg verweisen, bedeutet einen Verstoß gegen die Rechtsschutzgewährungspflicht des Staates.

b) Sofern in dem geschilderten Fall der Gläubiger von vornherein beantragt, das Gericht möge seine Maßnahmen zur Ermittlung der Zahlungsfähigkeit zunächst auf die Anhörung des Schuldners gemäß § 105 Abs. 2 KO beschränken und eine Protokollabschrift übersenden[1], ist nicht anders zu entscheiden. Hier wird nur um so deutlicher, daß der Gläubiger sich zu Lasten des Gerichts der ihm obliegenden Glaubhaftmachung entledigen will. Solchen Anträgen ist zudem entgegenzuhalten, daß der Konkursordnung Anträge dieser Art mit der genannten Einschränkung fremd sind. Der Konkursantrag muß auf die Eröffnung des Konkursverfahrens gerichtet sein. Begehrt der Antragsteller jedoch zunächst nur die Anhörung des Schuldners, so stellt er nicht den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens, seine Antragstellung soll ja gerade auf die Anhörung des Schuldners beschränkt sein. Ein solcher Antrag ist als unzulässig zurückzuweisen, da sein Inhalt nicht dem vom Gesetz vorausgesetzten Inhalt eines Konkurseröffnungsantrags entspricht.

Sollte der Antrag dahin ausgelegt werden können, daß sich der Antragsteller die endgültige Stellung eines Antrages auf Eröffnung des Konkursverfahrens vorbehalte, bis er aus der zugesandten Protokollabschrift das Ergebnis der richterlichen Anhörung nach § 105 Abs. 2 KO erfahre, so ist sein Konkursantrag schon deshalb unzulässig, weil er unter einer Bedingung gestellt ist. Ein unter Vorbehalten gestellter Konkursantrag ist unzulässig[2].

---

1 Vgl. hierzu Skrotzki, Das rechtliche Gehör im Konkursverfahren, KonkTreuh 1956, S. 105 ff (107).
2 Vgl. Jäger aaO § 103 Anm. 2 b; vgl. hierzu auch unten S. 122 f.

Somit ist es müßig, in solchen Fällen das Rechtsschutzbedürfniserfordernis überhaupt zu erwähnen.

c) Nicht anders ist zu entscheiden, wenn ein Antragsteller seine Antragsbefugnis auf eine geringfügige Forderung stützt. Nehmen wir an, diese Forderung betrage DM 5,—.

Die Konkursordnung schränkt die Zulässigkeit eines Gläubigerantrags nicht danach ein, daß die zugrundeliegende Forderung des Gläubigers eine bestimmte Mindesthöhe erreichen muß[1]. Davon ist auszugehen. Gleichwohl leuchtet ein, daß ein Konkursantrag, der auf eine Forderung von DM 5,— gestützt wird, ein „Unding[2]" ist. Wir folgen Jäger darin, daß Gläubigeranträge, die sich auf so geringfügige Forderungen gründen, für unzulässig zu halten sind. Dies muß schon in Anbetracht der Tragweite des Konkurses, der strengere Maßstäbe fordert als etwa das Erkenntnisverfahren, gelten. Wir widersprechen auch nicht, wenn Jäger die Gläubiger solcher Forderungen auf das Zwangsvollstreckungsverfahren als das zum Schutze des Gläubigers angemessenere und weitaus billigere Verfahren verweisen will. Wenn die Unzulässigkeit solcher Anträge jedoch mit dem Mangel eines Rechtsschutzbedürfnisses begründet wird[3], so halten wir dies für überflüssig, wenn nicht sogar für unrichtig. In Wirklichkeit mangelt es in solchen Fällen — wie in den bisher angeführten — an einem hinreichend glaubhaft gemachten Konkursgrund. Dies allein läßt uns den auf eine geringfügige Forderung gestützten Konkursantrag als konkursschutzunwürdig erscheinen.

Wenn wir die allgemein übliche Definition der Zahlungsunfähigkeit näher betrachten, so wird uns dieses Ergebnis sofort klar. Zahlungsunfähigkeit ist „das auf dem Mangel von Zahlungsmitteln beruhende andauernde Unvermögen des Schuldners, seine sofort zu erfüllenden Geldschulden noch im wesentlichen zu berichtigen[4]". Die Betonung ist in unserem Zusammenhang auf das Moment der Dauer dieses Unvermögens des Schuldners zu legen. Kein Schuldner wird aber heute, selbst wenn er in den ärmlichsten Verhältnissen lebt, wirklich für eine längere Dauer unfähig sein, eine Schuld von DM 5,— alsbald zu begleichen. Auch wenn er dieses Unvermögen vorgeben wollte, müßte man zwingend Böswilligkeit oder Gleichgültigkeit bei ihm annehmen. Wie aber bereits gezeigt, sind beide Umstände nicht geeignet, die Zahlungsunfähigkeit zu begründen.

Wo liegen die Grenzen? Ab welchem Betrag ist eine Forderung nicht mehr geringfügig in diesem Sinne? Die Grenze kann nicht abstrakt gezogen werden. Deshalb scheint uns der Gesetzgeber auch gut beraten gewesen zu sein,

---

1 Jäger aaO.
2 Jäger aaO.
3 So aber die h. L.: vgl. z. B. Jäger aaO; Mentzel-Kuhn aaO § 105 Anm. 5; Böhle-Stamschräder aaO § 105 Anm. 4; Lent aaO § 53 a VI 1; Baur, Zur gegenwärtigen Lage des Insolvenzrechts, JZ 1951, S. 210 (B II 2); Braß aaO; AG Berlin Beschluß v. 8. 10. 1936 in KonkTreuh 1937, S. 149, Leitsatz: „Ein Konkursantrag wegen einer geringfügigen Forderung ist offensichtlich nicht auf die konkursmäßige Befriedigung gerichtet."
4 So Jäger aaO § 102 Anm. 2 und die h. L. im Anschluß an ihn; vgl. auch RGZ 50. Bd., S. 39; BGH in KonkTreuh 1957 aaO. Man kann gegen dieses Erfordernis nicht einwenden, daß es ebenfalls unbestimmt und vieldeutig sei, denn jedenfalls ist es weit bestimmter und der Konkurspraxis vertrauter als das Rechtsschutzbedürfniserfordernis.

als er es unterließ, die Zulässigkeit eines Konkursantrags von einer ziffernmäßig festgelegten Mindesthöhe der Gläubigerforderung abhängig zu machen. Das relative Erfordernis der Zahlungsunfähigkeit in der genannten Auslegung vermag sich individuellen Verhältnissen anzupassen und weit eher gerecht zu werden als etwa eine rein formale, auf absolute Zahlenwerte eingestellte Regelung. Forderungen von geringer Höhe, deren Durchsetzung im Wege des Konkurses wir für ein „Unding" halten müssen, werden durch sinnvolle Interpretation dieses Erfordernisses zwangsläufig von selbst als ungenügend ausgemerzt. Eine untere Grenze, von der ab Forderungen ausgeschlossen werden können, läßt sich aber schwerlich in abstracto ziehen. Bei einem armen Schlucker, einem schlechtverdienenden Hilfsarbeiter oder einem Arbeitslosen wird ein Betrag von DM 50,— schon ausreichen[1]. Bei einem Kaufmann, dessen Geschäfte bei rückläufiger Konjunktur zurückgehen, wird zum Zeitpunkt des Höhepunktes seiner Krise ein Betrag von DM 500,— unter Umständen noch nicht einmal genügen, um ein vorerst nicht abzusehendes Unvermögen annehmen zu lassen. Auf diese Weise bewältigen wir das Problem der Konkursanträge wegen geringfügiger Forderungen verhältnismäßig leicht.

Ist die Forderung aber nicht in obigem Sinne geringfügig, so verbietet u. E. das geschriebene Konkursrecht und letztlich die Pflicht des Staates im Rahmen der positiv-rechtlichen Vorschriften der Konkursordnung Rechtsschutz zu gewähren, den Gläubiger vom Konkurs auszuschließen, es sei denn, es lägen ganz besondere weitere Umstände vor, die ihrerseits zur Verneinung eines Rechtsschutzbedürfnisses führen. Das geschriebene Konkursrecht wertet innerhalb des Begriffs Zahlungsunfähigkeit, ob eine Forderung als geringfügig anzusehen ist. Sofern das Gesetz überhaupt eine Wertung aber trifft, so muß diese den Vorrang haben vor anderen, nicht mit derselben Autorität ausgestatteten Wertungen. Wer Gesetze anwendet, muß gehalten sein, diesem gesetzgeberischen Befehl zu folgen, zumal dann, wenn das Gesetz — — wie hier — eindeutig und rechtspolitisch klug entscheidet. Uns jedenfalls scheint die Stellungnahme des Gesetzes unmißverständlich. Etwas anderes wäre nur dann anzunehmen, wenn der Gesetzgeber eine ziffernmäßig festgelegte Mindesthöhe der Gläubigerforderung als Zulässigkeitsvoraussetzung normiert hätte.

Unsere Ansicht mag positivistisch klingen, sie ist jedoch gleichwohl im Interesse einer dem geltenden Recht entsprechenden Fortbildung des Rechtsschutzbedürfnisbegriffs notwendig. Wenn die Höhe der Forderung bereits im Begriff der Zahlungsunfähigkeit geprüft und für ausreichend befunden ist, so kann sie selbst allein ohne weitere hinzukommende Umstände keinen neuen, selbständigen Schutzunwürdigkeitsgrund abgeben. Weshalb sollte

1 Doch ist dieses Beispiel wie der angenommene Wert graue Theorie, denn wer stellt schon gegen einen Arbeitslosen etc. Konkursantrag wegen eines solchen Betrages? Selbst bei der Rücksichtslosigkeit der heutigen Beitreibungspraxis kommen solche Fälle nicht vor. Wenn es aber trotzdem einmal geschehen sollte, so wird das Konkursgericht auch zu prüfen haben, ob nicht etwa schuldnerschutzrechtliche Bestimmungen eingreifen können. Vgl. zu diesem Problemkreis unten S. 128 ff.

man dem Kleingläubiger die Konkursantragsbefugnis absprechen, wenn sein Schuldner finanziell, ohne Aussicht auf neueingehende Zahlungsmittel, verloren ist. Ist nicht auch dies eine typische Konkurslage? Soll etwa nur der Großgläubiger diese Antragsbefugnis besitzen? Ein solches Ergebnis widerspräche nicht nur dem geltenden Recht, sondern auch der sozialen Gerechtigkeit. Dabei ist es durchaus nicht so, daß der Schuldner bei unseren Folgerungen ohne Schutz bliebe, denn seine persönlichen Verhältnisse finden ja bei der Prüfung des Erfordernisses der Zahlungsunfähigkeit weitgehende Berücksichtigung. Wenn aber infolge seiner persönlichen Verhältnisse seine Zahlungsunfähigkeit bejaht werden muß, verdient nicht er Schutz, sondern der Gläubiger.

3. Wie unsere bisherigen Erörterungen zeigten, kann bereits die exakte Prüfung der geschriebenen Voraussetzungen der Konkurseröffnung, insbesondere die der Zahlungsunfähigkeit nicht selten ausreichende Antwort über die Schutzwürdigkeit von Gläubigeranträgen, die von vornherein als unzulässig erscheinen, geben; eine Antwort, die von Lehre und Rechtsprechung oft erst im Bereiche der Rechtsschutzbedürfnisprüfung gesucht und gefunden wurde. Doch dürfen uns die bislang geschilderten Fälle nicht zu der Annahme verführen, die geschriebenen Voraussetzungen der Konkurseröffnung seien stets geeignet, die richtige Lösung zu erbringen. Auch das Gegenteil kann eintreten.

   a) Anlaß zur Vorsicht gibt uns eine Entscheidung des OLG Tübingen[1]. Dem Senat lag folgender Sachverhalt zur Entscheidung vor:

   Der Gläubiger einer Vor-GmbH stellte Konkursantrag gegen den Mitbegründer Sch. Sein Gläubigerrecht gegen Sch stützte er auf eine Forderung aus Warenlieferungen an die zahlungsunfähige Gesellschaft, die jedoch erst lange nach dem zwischenzeitlichen Ausscheiden des Sch begründet worden war. Das Ausscheiden des Sch war weder notariell beurkundet noch ins Handelsregister eingetragen worden. Auch die Gründung selbst war nicht ins Handelsregister eingetragen worden. Den Geschäftsbetrieb hatte die Gesellschaft alsbald nach ihrer Gründung aufgenommen. Das Amtsgericht hatte über das Vermögen des Sch Konkurs eröffnet, da dieser erklärt hatte, wenn er für die Schuld der Gesellschaft hafte, was er bestreite, sei er zahlungsunfähig. Das OLG hatte das Konkursverfahren aufgehoben.

   Als Leitsatz stellt es voran: „Bei der schwerwiegenden Bedeutung einer Konkurseröffnung kann die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners nicht mit einer Forderung glaubhaft gemacht werden, deren Bestehen erst in einem Rechtsstreit mit ungewissem Ausgang festgestellt werden kann."

   Das Gericht kommt zu seinen leitsätzlichen Feststellungen, nachdem es sich eingehend mit den rechtlich sehr schwierigen Fragen der Rechtsnatur einer Vor-GmbH und der Haftung eines Gesellschafters einer Vor-GmbH für deren Gesellschaftsverbindlichkeiten auseinandergesetzt hatte, ohne jedoch diese Fragen zu entscheiden. Im einzelnen geht es durchaus richtig davon aus,

---

1 Beschluß v. 27. 7. 1949 in DRZ 1950, S. 18; vgl. dazu Baur, Der Konkurs der Vorgesellschaft, DRZ 1950, S. 9 f.

daß das Konkursverfahren nur dann zu eröffnen ist, wenn das Gericht die Überzeugung von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gewonnen hat und die Forderung des Gläubigers glaubhaft gemacht ist. Da im vorliegenden Fall von der Glaubhaftmachung der Forderung zugleich die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners abhing, diese aber zur Überzeugung des Gerichts feststehen muß, mußte folgerichtig das Gericht auch von dem Bestand der Forderung überzeugt sein. Deshalb, so meint das Gericht, seien auch schon im Zulassungsverfahren an die Glaubhaftmachung einer solchen Forderung erhöhte Anforderungen zu stellen, denen nach der Auffassung des Gerichts der Antragsteller nicht genügt hatte. Die nach dem vorgetragenen Sachverhalt sehr schwierige Sach- und Rechtslage könne, so meint das Gericht weiter, mit den im Konkursverfahren möglichen Beweismitteln nicht einwandfrei geklärt werden. Dies könne nur in einem Rechtsstreit zwischen den Beteiligten vor dem ordentlichen Gericht geschehen.

Wenn das Gericht unter den gegebenen Umständen verschärfte Anforderungen an die konkursrichterliche Prüfung der Antragsbefugnis des Gläubigers stellte, so befand es sich in Übereinstimmung mit der Literatur und Rechtsprechung[1]. Folgt man der Auffassung Jägers[2], so sind Forderungen, die nicht rechtskräftig feststehen und vom Schuldner (nach Überzeugung des Gerichts) ernsthaft und aus triftigem Grund bestritten werden, bei der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen. Folgerichtig muß in solchen Fällen das Konkursgericht, da die Entscheidung über die Konkurseröffnung die Feststellung des Konkursgrundes erfordert und bloße Glaubhaftmachung anders als bei der Vorentscheidung nach § 105 Abs. 1 KO nicht genügt, sofern die Forderung des Antragstellers die einzige ist, aus der sich die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ergeben kann, von dem Bestand dieser einzigen Forderung überzeugt sein.

Vergleicht man die Ausführungen des OLG in den Entscheidungsgründen mit denen der herrschenden Literaturmeinung, so ist das OLG offenbar der Ansicht, daß eine zweifelhafte und von dem Schuldner überzeugend aus Rechtsgründen bestrittene Forderung, insbesondere dann, wenn sie rechtlich nicht einfach gelagert ist, nicht glaubhaft gemacht werden könne, mit anderen Worten, daß der antragstellende Gläubiger den hohen Anforderungen, die unter den gegebenen Umständen an seine Glaubhaftmachung zu stellen sind, gleichsam von vornherein nicht genügen könne.

Diese Auffassung mag wohl im Ergebnis richtig sein; zumindest die von dem OLG gebrauchten Formulierungen scheinen uns aber sehr zweifelhaft. Spricht ein Gericht als Ergebnis seiner Prüfung aus, ein Antragsteller habe irgendeinen Punkt seines Vorbringens nicht glaubhaft gemacht, so erwartet man in den Entscheidungsgründen zu lesen, das Gericht halte die von dem Antragsteller vorgebrachten Tatsachen für nicht möglich oder für nicht sehr wahrscheinlich, oder auch die vorgebrachten Tatsachen seien zwar glaubhaft

1 Für viele Jäger aaO § 102 Anm. 5.
2 aaO.

gemacht, sie ließen jedoch den rechtlichen Schluß auf die von dem Antragsteller angenommene rechtliche Folge nicht zu, kurz, seine Darstellung sei nicht schlüssig. Dann wäre es wohl unzweifelhaft richtig, von einer mangelnden Glaubhaftmachung zu sprechen.

Das OLG begründet jedoch seinen Standpunkt, es fehle an einer strengen Anforderungen genügenden Glaubhaftmachung, aber immerhin an einer Glaubhaftmachung. ganz anders. Es meint, es könnten mit den im Konkursverfahren zulässigen Beweismitteln die angeschnittenen, sehr komplizierten Rechtsfragen (Rechtsnatur der Vor-GmbH; Begriff des Handelnden in § 11 Abs. 2 GmbH-Gesetz; Haftung des Ausscheidenden etc.) weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht einwandfrei geklärt werden, der Bestand der Forderung könne erst in einem Rechtsstreit vor dem ordentlichen Gericht mit ungewissem Ausgang festgestellt werden.

Angesichts dieser Begründung fragen wir uns sofort, ob das Gericht denn wirklich die von dem Antragsteller vorgebrachten Tatsachen auf ihre Glaubhaftigkeit oder Schlüssigkeit hin geprüft und den Antrag schließlich deshalb abgelehnt hat, weil es die an die Glaubhaftmachung zu stellenden Anforderungen als nicht erfüllt betrachtete. Drücken die Gründe des Beschlusses nicht gerade das Gegenteil aus, nämlich daß das Gericht die von dem Antragsteller vorgebrachten Tatsachen gar nicht auf ihre Glaubhaftigkeit oder Schlüssigkeit hin geprüft hat und dies auch gar nicht tun wollte. Die Ausführungen des OLG im Leitsatz deuten darauf hin, daß das Gericht in Wahrheit dies sagen wollte. Daher ist die Begründung des Beschlusses in vielen Teilen irreführend; denn sie läßt den unbefangenen Leser glauben, daß das Gericht den Antrag und die in ihm enthaltenen Behauptungen sachlich gewürdigt habe, zumal es in den Entscheidungsgründen die Worte benutzt: „ . . . nicht hinreichend glaubhaft gemacht, daß . . . eine Forderung hat, die . . . Zahlungsunfähigkeit begründen würde . . .“ Dabei hatte der Antragsteller genügend Tatsachen genannt; der Bemerkung in den Gründen, die Sachlage sei nicht zweifelsfrei, widerspricht die ausführlich erscheinende Darstellung des Sachverhalts in den Gründen. Auch hatte der Antragsteller seinen Tatsachenvortrag glaubhaft gemacht; der Schuldner bestritt ja gar nicht die von dem Antragsteller vorgebrachten Tatsachen, sondern nur die von jenem aus diesen Tatsachen gezogenen rechtlichen Schlüsse[1].

Der Begründung des OLG, der Antragsteller habe seine Forderung nicht hinreichend glaubhaft gemacht, wäre auch dann noch zuzustimmen, wenn das Gericht die Rechtserheblichkeit des Tatsachenvortrags verneint und die tatsächlichen Behauptungen des Antragstellers für unschlüssig gehalten hätte. Dann hätte der Antragsteller eben nicht die richtigen Tatsachen glaubhaft gemacht. Aber auch darüber sagt das Gericht nichts. Es setzt sich zwar mit den

[1] Der Antragsteller hat doch wohl nicht darüber Beweis zu führen, daß seine rechtliche Würdigung richtig ist. Iura novit curia. Wenn er glaubhaft zu machen hat, so bedeutet dies, daß er Tatsachen vorzutragen hat und auf irgendwelche Weise das Gericht von der guten Möglichkeit der Richtigkeit dieser Tatsachen zu überzeugen hat. Hätte der Antragsteller allerdings auch seine Rechtsansicht glaubhaft zu machen, so wäre die Begründung des OLG wohl nicht zu beanstanden.

Ausführungen des Antragstellers auseinander, trifft jedoch keine sachliche Entscheidung über diese. Die gerichtlichen Untersuchungen enden vielmehr mit der Feststellung, die auftauchenden Rechtsfragen seien zu schwierig, um im Konkursverfahren einwandfrei entschieden werden zu können. Damit sagt es u. E. in Wahrheit, daß es die Möglichkeit der vorgebrachten Behauptungen gar nicht interessiere. Dies hinwieder besagt nichts anderes, als daß das Gericht, ehe es in eine sachliche und rechtliche Würdigung des vom Antragsteller vorgetragenen Tatsachenstoffes eingetreten ist, den Antrag von vornherein für unzulässig gehalten hat. Folgerichtig darf das Gericht dann seine Entscheidung nicht auf eine sachlich-würdigende Feststellung stützen, die es gar nicht getroffen hat.

Unsere eingangs angedeutete Auffassung, daß der vorliegende Antrag nicht wegen mangelnder Glaubhaftmachung hätte zurückgewiesen werden dürfen, hat sich somit bestätigt. Trotzdem hat das OLG den Konkursantrag zu Recht zurückgewiesen. Der Konkursantrag ist unzulässig. Die Unzulässigkeit ist deshalb anzunehmen, weil ein Gläubigerantrag, dessen Antragsforderung rechtlich sehr zweifelhaft ist und deren Bejahung die Entscheidung einer ganzen Reihe von äußerst schwierigen Rechtsfragen voraussetzt, dann nicht konkursschutzwürdig ist, wenn es von dem Bestande eben jener Antragsforderung — und hierauf kommt es besonders an — ausschließlich abhängt, ob der (angebliche) Schuldner zahlungsunfähig ist[1].

Das OLG hatte das richtige Gefühl, wenn es die Mittel eines Konkursgerichts für nicht ausreichend erklärte, komplizierte Rechtsfragen einwandfrei zu entscheiden. Die Verweisung auf den ordentlichen Rechtsstreit trifft den Kern, denn das Konkursverfahren ist nicht das geeignete Verfahren[2] zur Klärung schwieriger und noch wenig ausgetragener Rechtsprobleme.

Es ist zwar durchaus richtig, daß das Konkursgericht, da es ja die Zahlungsunfähigkeit von Amts wegen zu prüfen hat und von Gesetzes wegen (§ 105 Abs. 2 KO), wenn der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit bei seiner Anhörung nicht einräumt, Ermittlungen anzustellen hat, im Einzelfall nicht selten Rechtsfragen zu beurteilen hat, sind doch auch die Begriffe Zahlungsunfähigkeit und Konkursforderung Rechtsbegriffe. Auch im Konkursverfahren gilt der Satz „iura novit curia". Daher wird man dem Gericht in aller Regel zumuten müssen und dürfen, daß es in den meisten Fällen, in denen zwischen Gläubiger und Schuldner strittig ist, ob die von dem Gläubiger in Anspruch genommene Forderung besteht, den Rechtsbestand der strittigen Forderung ermittelt, und dies selbst dann, wenn diese Forderung ausschlaggebend für die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sein sollte. Die Überlegung, den Gläubiger zunächst darauf zu verweisen, seine Forderung vor den ordentlichen Gerichten in einem Erkenntnisverfahren geltend zu machen,

---

1 Vgl. Baur, JZ 1951 aaO (II 3), der richtig bemerkt, daß in solchen Fällen zumeist das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Richtig auch Jäger-Weber aaO, wenn dieser auch u. E. zu weit geht, da er in allen Fällen das Rechtsschutzbedürfnis verneint, in denen der Schuldner bei seiner Anhörung die für die Zahlungsunfähigkeit maßgebliche Antragsforderung auch nur mit einer nicht völlig aussichtslosen Begründung bestritten hat; vgl. hierzu die folgenden Ausführungen im Text.

2 So auch Baur aaO; Jäger-Weber aaO.

darf dann nicht auftreten, wenn die Sach- und Rechtslage einfach oder doch unschwer zu entscheiden ist. Die Grenze, von der ab eine solche Überlegung zulässigerweise auftritt und auftreten muß, liegt dort, wo das Konkursgericht überfordert würde, wenn man von ihm eine Entscheidung über den Rechtsbestand der strittigen Forderung verlangen wollte oder wo sich bereits objektiv aus den gesamten Umständen ergibt, daß der Gläubiger es allein darauf abstellt, auf einem billigen, für ihn mühelosen Weg seine Rechte durchzusetzen, ohne den mühsamen Weg der streitigen Verhandlung, in welcher es zu allererst auf ihn, auf seine Anstrengungen und seine Bemühungen ankommt, gehen zu müssen.

Hinzutreten müssen allerdings noch weitere Umstände, die den Antragsteller zwingen, einen anderen Verfahrensweg als den des Konkurses zu beschreiten oder die sein Vorgehen im Konkurs als Umgehung eines anderen, gerade für sein Begehren typischerweise eingerichteten Rechtsschutzweges charakterisieren. Sein Vorgehen im Konkurs muß wesentliche allgemeine Rechtsgüter gefährden, es muß sich als Verstoß gegen Zweck und Ziele des Konkurses darstellen.

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Falle erfüllt.

Der Antragsteller fordert von dem Konkursgericht eine Entscheidung, die nur ein erkennendes Gericht fällen kann. Das Konkursgericht ist aber kein erkennendes Prozeßgericht; es ist auch nicht dafür geschaffen, Rechtsstreitigkeiten zwischen den Beteiligten zu entscheiden. Deshalb sind auch die Rechtsstreite über Aussonderung, Absonderung und Aufrechnung, über Masseansprüche, auch die Gläubigeranfechtung, ja selbst der Streit um das Konkursgläubigerrecht (§ 146 KO) nicht vor dem Konkursgericht, sondern in einem ordentlichen Streitverfahren auszutragen. Man kann sogar grundsätzlich sagen, daß dem Konkursverfahren jede erkennende richterliche Tätigkeit fremd ist. Auch die sogenannte vis attractiva concursus[1] kennt unser heutiges Konkursrecht nicht mehr. So bedeutet es bereits einen großen Einbruch in unser heutiges Rechtsschutzsystem, wenn das Konkursgericht wenigstens im Konkurseröffnungsverfahren die Existenz eines materiellen Rechts bei der Prüfung der Antragsbefugnis zu beurteilen und in gewisser Weise auch rechtlich relevant zu entscheiden hat. Daß das Konkursgericht mit dieser Kompetenz nicht in Konkurrenz zu den ordentlichen Gerichten treten darf, zeigt schon die Wertung dieser Kompetenz als Ausnahme.

Aber noch weitere Gründe sprechen gegen die Zulässigkeit des Gläubigerantrags. Wollte man dem Gericht tatsächlich eine so weitgehende — wie für die Zulassung des fraglichen Gläubigerantrags notwendige — Prüfungskompetenz zusprechen, so gefährdete man die Rechtssicherheit. Denn wir müßten zulassen, daß ein Gericht einen rechtlich schwierigen Tatbestand mit unzulänglichen Mitteln zu entscheiden hat. Wir würden bewußt die konkrete Gefahr einer Fehlentscheidung auf uns nehmen, während diese Gefahr, wenn der Gläubiger das ordentliche Gericht in Anspruch nähme, in un-

[1] Vgl. Jäger aaO § 71 Anm. 4.

gleich geringerem Maße drohen würde. Diese schwerwiegende, im Interesse der Allgemeinheit zu vereitelnde Gefahr kann nicht etwa damit ausgeglichen werden, daß man ein erhöhtes Schutzbedürfnis des Gläubigers anerkennt. Dieser wird zwar behaupten, bis er das geforderte Erkenntnis erstritten habe, könne er nicht einmal mehr auf die jetzt noch vorhandenen Vermögensstücke zurückgreifen, da diese wohl bis dahin durch irgendwelche Rechtshandlungen des Schuldners oder Dritter seinem Zugriff entzogen wären. Dies allein kann es jedoch nicht rechtfertigen, sein Interesse öffentlichen und in diesem Falle höherwertigen Interessen der Allgemeinheit vorzuziehen. Man nehme nur die nicht auszuschließende Gefahr einer übereilten Entscheidung, eine Gefahr, die regelmäßig bestehen wird, da konkursgerichtliche Entscheidungen rasch zu ergehen haben.

Die Gefahr einer falschen Entscheidung wirft ihre Schatten auch auf das Schicksal des Schuldners. Er ist, ohne Unterschied zwar, ob die Konkurseröffnung zu Recht oder zu Unrecht beschlossen wird, aber auch gerade wenn sie zu Unrecht beschlossen wird, beruflich und finanziell in aller Regel vernichtet. Ihm ist darüber hinaus, da im Konkurs der Konkursverwalter an seine Stelle tritt, die Möglichkeit genommen, seine Behauptungen und Rechtsansichten gegen den Antragsteller in einem Verfahren, in dem es allein auf ihn und den Gläubiger ankommt, zu verfechten. Er wäre also persönlich, wollte man den Gläubigerantrag zulassen, in seiner Verteidigung weitgehend beschränkt, ja fast wehrlos. Das Konkursverfahren kann durchaus dazu führen[1], daß der Konkursverwalter die Rechtsauffassung des Schuldners nicht teilt; mit gutem Grund sogar, da ja auch das Konkursgericht gegenteilig entschieden hat. Es ist daher sogar wahrscheinlich, daß der Konkursverwalter die fragliche Forderung des Antragstellers im Prüfungstermin nicht bestreitet, die Forderung deshalb zur Tabelle festgestellt wird und schließlich aus dem Vermögen des Schuldners ganz oder teilweise getilgt wird. Alles, was der Gemeinschuldner während des Konkursverfahrens noch tun kann, ist, die Vollstreckung aus der Eintragung in die Tabelle in sein neues Vermögen zu verhindern (§ 164 Abs. 2 KO).

Eine Möglichkeit, etwaige Härten für den Schuldner zu mildern und dem Gläubiger trotzdem entgegenzukommen, läge schließlich nur in der Zulassung einer bedingten Eröffnung, d. h. einer Eröffnung für den Fall, daß der Antragsteller in einem sich anschließenden Prozeß vor dem ordentlichen Gericht die Feststellung seiner Forderung erstreitet. Eine dementsprechende Regelung ist unserem geltenden Konkursrecht unbekannt. Nach § 106 KO sind zwar einstweilige Anordnungen möglich, jedoch sind diese an andere Voraussetzungen geknüpft und auch anderer Art und nicht von der hier erforderten Dauer.

Wir gelangen somit zu dem Ergebnis, daß der fragliche Konkursantrag nicht *schutzwürdig* und daher als unzulässig zurückzuweisen ist.

---

1 Vgl. hierzu Baur in JZ 1951 aaO.

b) Wie differenziert die Sachverhalte des Rechtsschutzbedürfnisses jedoch sind, zeigt sich, wenn wir diesen Fall nur leicht abwandeln. Nehmen wir an, daß der Antragsteller Gläubiger mehrerer Forderungen ist, seien es auch die einzigen, die den Schuldner bedrohen, und nehmen wir weiter an, daß einige dieser Forderungen zweifelhaft und rechtlich sehr schwierig zu beurteilen sind, andere jedoch zweifelsfrei sind. Hängt die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auch von dem Bestande der zweifelhaften, rechtlich nur sehr schwer zu entscheidenden Forderungen ab, so bleibt die Entscheidung des Gerichts über den Konkursantrag des Gläubigers die gleiche wie oben. Ist diese Abhängigkeit jedoch nicht vorhanden, ist der Schuldner also auch zahlungsunfähig, wenn er die zweifelhaften Forderungen zur Begründung seiner Antragsbefugnis gar nicht vorgebracht hätte, so ist seinem Antrag stattzugeben. Denn allein diese Abhängigkeit, die das Konkursgericht zu einer Entscheidung zwingen könnte, die in einer nicht mehr rechtsstaatlichen Erfordernissen genügenden Weise ergehen müßte, macht die Schutzunwürdigkeit des Gläubigerantrags aus. Im letzten Fall ist praktischerweise in der von Jäger[1] vorgeschlagenen Weise zu verfahren: Das Gericht läßt die rechtlich zweifelhaften Forderungen dahingestellt. Die oben dargestellte Gefährdung öffentlicher Schutzgüter tritt infolgedessen nicht ein. Ein Schutzbedürfnis des Schuldners ist ebenfalls nicht anzuerkennen; es erscheint auch nicht unbillig, dem Schuldner unter diesen Umständen die mit dem Verlust seiner Dispositionsbefugnis verbundenen Risiken aufzubürden. Er ist ja tatsächlich, auch wenn man die zweifelhaften Forderungen streicht, insolvent; die Gefahr, daß sein Vermögen zu Unrecht liquidiert wird, besteht nicht. Hinsichtlich der zweifelhaften Forderungen befindet er sich so, wie wenn der antragstellende Gläubiger diese Forderungen erst im bereits eröffneten Konkurs angemeldet hätte.

c) Schwieriger ist die Würdigung folgenden Sachverhalts:
Der antragstellende Gläubiger soll wiederum nur eine einzige Forderung *innehaben*, die rechtlich zweifelhaft ist. Neben ihm sind jedoch noch mehrere andere Gläubiger des Schuldners mit zweifelsfreien, auch titulierten Forderungen vorhanden, die der Schuldner nicht mehr erfüllen kann. Der Schuldner soll also, selbst wenn die (einzige) Forderung des Antragstellers außer Betracht bliebe, zahlungsunfähig sein. Jene weiteren Gläubiger stellen jedoch vorerst keinen Konkursantrag.
Man könnte diese Abwandlung unseres Ausgangsfalls mit der wohl herrschenden Lehre rasch abtun. Das OLG Schleswig[2] hat in einem in der Problemstellung gleich liegenden Fall erklärt, bei der Prüfung der Schutzwürdigkeit eines Konkursantrages sei allein auf das individuelle Interesse des Antragstellers an der begehrten richterlichen Maßnahme abzustellen[3]. Dies erhelle bereits aus dem Antragserfordernis des § 103 KO. Das Interesse

[1] aaO § 102 Anm. 5.
[2] Beschluß v. 22. 6. 1951 in NJW 1951, S. 119 f mit zustimmender Anmerkung von Böhle-Stamschräder.
[3] Ebenso Jäger-Weber aaO.

des antragstellenden Gläubigers bestehe aber allein darin, daß seine Forderung wenigstens teilweise realisiert werde, daher dürfe das Gericht auch nur auf sein Recht und auf seine Interessenlage schauen und, solange ein Konkursantrag der anderen Gläubiger nicht vorliege, nicht prüfen, ob etwa auf den Antrag eines von diesen der Konkurs eröffnet werden müsse. Mit anderen Worten, der antragstellende Gläubiger könne aus dem Recht eines anderen Gläubigers nichts für sich herleiten.

Wollten wir diese Ansicht unbesehen übernehmen, so wäre dieser Fall nicht anders zu entscheiden als der erstgenannte. Diese Ansicht ist jedoch nicht unbedenklich. Sie rückt, da sie ja auf dem Boden der herrschenden Lehre steht, die das rechtliche Interesse als eine vom Antragsteller nachzuweisende positive Voraussetzung seines Antragsrechts auffaßt, viel zu sehr die individuelle Interessenlage in den Vordergrund und vergißt dabei zu fragen, ob tatsächlich allgemeine öffentliche Rücksichten, wie die Grundsätze der bona fides, die Wahrung des Konkurszwecks oder des Schutzes des Konkursrechtsweges vor mißbräuchlicher Inanspruchnahme, ein amtswegiges Einschreiten gegen das Begehren des Einzelnen gebieten. Im Vordergrund aller Überlegungen um das Rechtsschutzbedürfniserfordernis steht aber das öffentliche Interesse und seine Gegensätzlichkeit zu der individuellen Interessenlage, die gewiß auch, aber nicht ausschließlich, zu beachten ist, da wir sonst kein Objekt besäßen, an welchem wir unsere Abwägungen ausrichten könnten. Wenn wir aber prüfen, ob ein öffentliches Interesse dem Begehren des Einzelnen entgegensteht, haben wir die Gesamtsituation, in welcher sich der Schuldner befindet, also auch die Vielzahl seiner Gläubiger und seinen totalen Ruin zu beachten.

Mit dieser Fragestellung vermeiden wir sinnwidrige Entscheidungen, in welchen, ohne daß ein öffentlicher Zweck, ohne daß die Ziele des Konkursverfahrens es gebieten, ja entgegen diesen allgemeinen Rücksichten, ein Gläubigerantrag zurückgewiesen wird, nur weil unser „Rechtsgefühl" uns dazu verführt, das Vorgehen eines Gläubigers für nicht gerechtfertigt zu halten. Erst wenn ein gebietender öffentlicher Zweck ein amtswegiges Einschreiten auch sinnvoll erscheinen läßt, mag man sich die Frage vorlegen, ob das Allgemeininteresse gegenüber dem Gläubigerinteresse bei einer Abwägung den Vorrang haben kann. Bei solcher Methodik ist es ausgeschlossen, daß der Konkursantrag eines Gläubigers, wie etwa im vorliegenden Fall, in welchem alles nach einem Konkurs des Schuldners drängt, als unzulässig zurückgewiesen wird, weil man das Gläubigerinteresse isoliert betrachtet und allein auf dessen Interessenlage abstellt, die allgemeinen Interessen aber, deren Belange gerade den Inhalt des Rechtsschutzbedürfnisses ausmachen sollen, völlig vernachlässigt.

Rechtfertigen öffentliche Rücksichten die Geltendmachung des Rechtsschutzbedürfniseinwands nicht, so fehlt das Rechtsschutzbedürfnis nicht, und der Konkurs ist zu eröffnen.

Gerade so aber liegt es im vorliegenden Fall. Es geht nicht an und wider-

spräche geradezu dem Sinn und Zweck, den jede Rechtsschutzbedürfnisprüfung verfolgen sollte, nämlich öffentliche Rechtsgüter zu schützen und zu wahren, wollte man es hier verneinen. Die Situation des finanziell zusammengebrochenen Schuldners drängt nach einer Liquidation seines Vermögens. Gleiche und anteilmäßige Befriedigung aller Gläubiger im Wege des Konkurses und nicht die Einzelzwangsvollstreckung vieler nach dem Präventionsprinzip ist hier im Interesse des Rechtsfriedens und der sozialen Sicherheit geboten. Es muß im Interesse der Allgemeinheit der Gefahr vorgebeugt werden, daß noch eine vermutlich weit größere Zahl von Gläubigern von einem schließlich doch unausweichlichen Konkurs betroffen wird und damit unser Wirtschafts- und Sozialleben noch schwereren Schaden nimmt.

Ganz abgesehen davon jedoch erscheint die kategorische Behauptung, es sei verboten, die Gesamtsituation zu berücksichtigen, in welcher sich der Schuldner befindet, gerade im Konkurs, der ohnehin einer rein individuellen Interessenbetrachtung feindlich gegenübersteht, von vornherein sehr fraglich. Betrachten wir doch, wie das Gesetz selbst, das zu diesen Fragen stets der beste und sicherste Ratgeber ist, Stellung nimmt.

Das Gesetz fordert in den §§ 102 ff KO nicht, daß für die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gerade die Forderung des Antragstellers ausschlaggebend ist. Selbst wenn der Antragsteller also noch befriedigt werden könnte, sämtliche weiteren Gläubiger jedoch nicht mehr, müßte der Konkurs eröffnet werden; ja sogar dann, wenn die Forderung des Antragstellers gar nicht sofort zu erfüllen wäre, etwa weil sie bedingt oder betagt ist, andere fällige Forderungen jedoch vom Schuldner nicht mehr befriedigt werden könnten[1]. Andere, nicht in der Person des Antragstellers liegende Umstände vermögen also nach dem Willen des Gesetzes sehr wohl die Rechtsstellung des Antragstellers zu beeinflussen. Das Gesetz selbst widerlegt somit die Behauptung, daß das Gericht nicht berechtigt sei, andere, außerhalb der Person des Antragstellers bestehende Rechte bei der Prüfung der Interessenlage des Antragstellers zu berücksichtigen. Mit solcher Argumentation ist demnach nichts erreicht.

Greifen wir zusätzlich noch auf die gegen die Schutzwürdigkeit des Gläubigerantrags im erstgenannten Fall sprechenden Gesichtspunkte zurück und transponieren wir diese hierher. Sofort fällt auf, daß der hauptsächliche Grund, der dort zur Ablehnung des Rechtsschutzgesuchs mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses führte, hier ausfällt. Nunmehr hängt nicht die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners von dem Bestande einer zweifelhaften Forderung ab; die Forderung muß also nicht zur Überzeugung des Gerichts feststehen, denn der Schuldner ist ja unstreitig, auch wenn die Forderung des antragstellenden Gläubigers nicht bestünde, zahlungsunfähig. Das Gericht kann und muß sich also mit der Glaubhaftmachung der Forderung zufriedengeben. Die Glaubhaftmachung aber wird dem Antragsteller gelingen, denn glaubhaft zu machen hat er nur Tatsachen; die rechtliche Würdigung

[1] Vgl. über bedingte Forderungen: Jäger aaO § 67 Anm. 2, Einl. zu § 63, § 103 Anm. 1.

dieser Tatsachen obliegt dem Gericht, und grundsätzlich hat das Konkursgericht auch Rechtsfragen zu entscheiden. Ein Ausnahmefall wie oben ist augenscheinlich nicht gegeben, denn es bedarf keiner umfassenden gerichtlichen Klärung der Rechtslage, so daß jene oben festzustellende Konkurrenz von Konkursgericht und erkennendem ordentlichem Gericht nicht droht. Dann aber kann nicht einmal behauptet werden, der Antragsteller wolle ein ordentliches Erkenntnisverfahren auf Kosten des Schuldners und der Rechtssicherheit umgehen oder sich ersparen, denn dann ist das Gewicht der konkursgerichtlichen Entscheidung über die Eröffnung des Konkurses ungleich anders zu bewerten als in unserem Ausgangsfall. Der Eröffnungsbeschluß schafft kein Präjudiz, da er sich ja über die Forderung des Gläubigers nicht mit der erforderlichen Überzeugung auszusprechen hat. Unter diesen Umständen fällt der Vorwurf eines konkursfremden, unredlichen Verhaltens in sich zusammen.

Uns scheint dieser Fall nicht grundlegend anders zu liegen als der Regelfall, in welchem ein Gläubiger einer nicht titulierten Forderung gegen einen unstreitig zahlungsunfähigen Schuldner Konkursantrag stellt. Dieses Ergebnis ist gerecht und billig, auch wenn wir die Situation des Schuldners berücksichtigen. Zwar wird er die Möglichkeit, sich in einem ordentlichen Verfahren selbst gegen die Forderung des Gläubigers zu wehren, verlieren; aber jetzt geht er dieser Chance verlustig, weil er sich ohne jeden Zweifel in einer echten Konkurslage befindet. Jene weiteren zweifelsfreien Forderungen stellen die Hauptursache für den Verlust seiner Rechte dar; bestünden sie nicht, wäre er sicherlich zu schützen. Daß jene weiteren Gläubiger bisher geschwiegen haben, spricht nicht gegen die Zulässigkeit des Konkursantrages, denn jedenfalls sind diese Gläubiger Inhaber von Forderungen, die jederzeit geltend gemacht werden können. Da das Gesetz einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Forderung des antragstellenden Gläubigers und der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht fordert, die Forderungen der weiteren Gläubiger also für die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit auch allein ohne ihre Geltendmachung ausschlaggebend sein können, sind sie auch zu berücksichtigen.

Beruht das Schweigen der anderen Gläubiger allerdings auf einer Stundungsvereinbarung mit dem Schuldner, etwa weil der Schuldner mit jenen Sanierungsverhandlungen führt, so scheiden diese Forderungen bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners aus, da sie ja auch nicht sofort zu erfüllen sind. In diesem Falle ist nicht anders zu entscheiden als in unserem zuerst geschilderten Ausgangsfalle.

4. Die zuletzt besprochenen Fälle hatten sämtlich eines gemeinsam: Stets klang das Verhältnis von Konkurs- und Zwangsvollstreckungsverfahren oder von Konkurs- und Erkenntnisverfahren an. Zu unserer ein Rechtsschutzbedürfnis für den Konkurs verneinenden Entscheidung kamen wir mit deshalb, weil wir eine andere Rechtsschutzart als die des Konkurses für die richtige, dem Gläubigerinteresse angemessene und für die allein geeignete hielten.

Es darf aber nicht der Eindruck entstehen, als ob der Gläubiger nicht grundsätzlich wählen dürfte zwischen Konkurs und Zwangsvollstreckung oder Erkenntnisverfahren. Der Staat hat seinen Bürgern allumfassenden Rechtsschutz in den eingerichteten Rechtsschutzverfahren zu erteilen. Grundsätzlich hat jeder Gläubiger, sofern er nur die Erfordernisse der Bestimmungen des 8. Buches der ZPO und der KO erfüllt, das freie Wahlrecht zwischen Konkursantragstellung und Durchführung der Zwangsvollstreckung. Dieser Grundsatz gilt allgemein immer dann, wenn unsere Rechtsordnung dem Rechtsschutzsuchenden verschiedene Rechtsschutzwege zur Verfügung stellt[1]. Er hat auch für das Verhältnis von Konkurs und Zwangsvollstreckung keine besondere Durchbrechung erfahren. Es besteht weder eine Vorschrift, die den Rechtsweg des Konkurses zugunsten dem der Zwangsvollstreckung ausschließt oder letzteren im Falle der Konkurrenz als ausschließlich bezeichnet, noch gewährt die Rechtsordnung den Konkursrechtsschutz nur subsidiär, und zwar weder in dem Sinne, daß zunächst ein anderes Verfahren vorausgehen müßte, noch in dem Sinne, daß der Konkursweg erst dann beschritten werden könnte, wenn ein anderes Verfahren nicht gegeben ist oder nicht ausreicht[2].

Auch eine Auslegung der Vorschriften beider Verfahrensgesetze ergibt nichts, was diesen Grundsatz beseitigen könnte. Beide Verfahren, Zwangsvollstreckung und Konkurs[3], haben ihre spezifischen Voraussetzungen und ihre besonderen Eigenarten; mit ihrer grundlegenden Verschiedenheit in ihrer Zweckrichtung haben wir uns eingangs dieses Teiles ausführlich beschäftigt. Diese Differenziertheit beider Rechtsschutztypen spricht für eine echte Konkurrenz beider und für eine freie Wahl eines von beiden.

Jede die freie Wahl verneinende Entscheidung hat sich an dem festgestellten Prinzip zu orientieren. Daher können die Fälle, in denen dem Rechtsschutzsuchenden der Konkursrechtsschutz versagt werden soll, stets nur begrenzte Ausnahmefälle sein. Nicht abzuweisende Gründe des öffentlichen Interesses müssen eine ausnahmsweise Durchbrechung des Prinzips gebieten. Die Antragstellung muß den überindividuellen Zwecken, welche die Rechtsordnung mit der Einrichtung eines selbständigen Liquidationsverfahrens verfolgt, in so hohem Maße zuwiderlaufen, daß es zum Schutze des Konkursrechtswegs vor mißbräuchlicher, ausschließlich einem eigennützigen Individualinteresse dienender Antragstellung unabweislich erscheint, den Gläubiger auf die zur Befriedigung von Individualinteressen geschaffenen Rechtsschutzverfahren der ZPO zu verweisen. Der außerkonkursmäßige Rechtsweg muß sich jedem recht und billig Denkenden als der angemessenere und einfachere anbieten. Zu fordern ist ferner, daß der Rechtsweg, auf den der Bürger verwiesen werden soll, die private Rechtsstellung des Bürgers in genügender Weise schützt.

a) Eine solche Ausnahme von dem Prinzip der freien Wahl des Rechtsschutz-

---

1 Vgl. hierzu auch Pohle in Festschrift für Lent S. 221 ff.

2 Daher geht es u. E. viel zu weit, wenn Jäger-Weber aaO ganz allgemein bemerkt, ein Rechtsschutzbedürfnis sei jedenfalls dann nicht „gegeben, wenn der Gläubiger durch die Mittel der Zwangsvollstreckung zum Ziele kommen" könne.

3 Auf ihre Gegenüberstellung wollen wir uns beschränken, da ihre Konkurrenz die Mehrzahl aller erörterten Fälle bildet.

weges ist dann gemacht worden, wenn die Forderung des antragstellenden Gläubigers durch die Eintragung erstrangiger Hypotheken, durch Sicherungsübereignungen, Pfandrechte, Eigentumsvorbehalt oder durch eingeleitete Zwangsversteigerungsmaßnahmen rechtlich und wirtschaftlich ausreichend gesichert ist[1]. In dem bereits zitierten Beschluß des OLG Schleswig wird die Ansicht vertreten, bei einer umfassenden Deckung des Gläubigers (die Forderung des Gläubigers betrug 25 000,— DM, die dinglichen und sonstigen Sicherungen überstiegen diesen Betrag), insbesondere wenn nicht zu erwarten sei, daß der Gläubiger durch das Konkursverfahren rascher als durch die bereits begonnenen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen befriedigt werde, fehle ein schutzwürdiges Interesse an der Eröffnung und Durchführung des Konkurses[2]. Das Antragsrecht des Gläubigers müsse öffentlichen Rücksichten weichen[3].

Das geschriebene Konkursrecht zwingt selbst nicht zu dieser Ansicht. Auch die durch Wertrechte an Vermögensgegenstände des Schuldners oder dritter Personen gesicherten Gläubiger sind antragsberechtigt nach § 103 Abs. 2 KO[4]. Die gesetzgeberische Wertung der Interessenlage ist demnach eindeutig gegen die Entscheidung des OLG Schleswig und der herrschenden Lehre gerichtet. Dies zwingt uns zur Vorsicht und jedenfalls zu einer Beschränkung dieser Auffassung auf krasse Ausnahmefälle, in denen es tatsächlich unabweislich erscheint, den Gläubiger auf das Zwangsvollstreckungsverfahren zu verweisen. Die rechtliche und wirtschaftliche Sicherung des Gläubigers muß dergestalt sein, daß ein Gläubiger, der nicht nur die völlige wirtschaftliche Vernichtung seines Schuldners erstrebt, die außerkonkursmäßige Verwertung seiner Gläubigerrechte als den angemesseneren Weg der Befriedigung wählen würde. Daß diese Wahl dem Gläubiger nur dann zugemutet werden kann, wenn ihm die andere (außerkonkursmäßige) Verwertungsart dieselbe Sicherheit bietet, wenn er ebenso rasch und mit ähnlichem Kostenaufwand seine Befriedigung findet, muß angesichts des Grundsatzes der Freiheit des Gläubigers in der Bestimmung des Verfahrensweges selbstverständlich sein.

Im vorliegenden Falle waren die Sicherheiten des Gläubigers so umfassend, daß er eines Rückgriffes auf seine (obligatorischen) Konkursforderungen nicht bedurfte. Den bereits von ihm eingeleiteten Zwangsversteigerungsmaßnahmen hätte er den Erfolg selbst verwehrt (§ 14 Abs. 1 KO); die Verwertung seiner dinglichen Rechte hätte schließlich ohnehin außerkonkursmäßig erfolgen müssen (§§ 4 Abs. 2, 64, 153 KO). Gespart hätte der Gläubiger sich bestimmt nichts. Ein anerkennendes privates Interesse, dessen Schutz allein im Konkurs hätte verwirklicht werden können, war nicht zu erkennen

---

1 Vgl. OLG Schleswig aaO; Jäger aaO § 103 Anm. 1, § 105 Anm. 2; Jäger-Weber aaO; Baur in JZ 1951 aaO (II 1); Schönke aaO S. 94; Lent aaO § 53 a VI 1; Mentzel-Kuhn aaO § 105 Anm. 5; Böhle-Stamschräder aaO § 105 Anm. 4.

2 So OLG Schleswig aaO.

3 So ausdrücklich Jäger aaO.

4 Vgl. Jäger aaO; Protokolle S. 73, 74, vgl. bei Hahn, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, 4. Bd., S. 575.

und konnte daher bei der Abwägung gegenüber allgemeinen Interessen auch keine Berücksichtigung finden. Hier einen der seltenen Ausnahmefälle anzunehmen, erscheint daher gerechtfertigt. Es ist wohl kaum zu bezweifeln, daß es im öffentlichen Interesse liegt, dem Gläubiger im vorliegenden Falle den Weg der Zwangsvollstreckung vorzuschreiben. Im Bereiche der Zwangsvollstreckung ist unser Rechtsgefühl in der Vorschrift des § 777 ZPO ausgedrückt. Auch in diesem Rechtsschutzverfahren sind dem freien Belieben des Gläubigers, auf welche Vollstreckungsobjekte er zugreifen will, insoweit Grenzen gesetzt, als er bereits durch eine in seinem unmittelbaren oder mittelbaren Besitz befindliche Sache, an der ihm für seine Forderung ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht oder ein Sicherungseigentum zusteht, gedeckt ist. Dieses sogenannte *beneficium excussionis realis* soll dem Schuldner das Recht verleihen, der Pfändung weiterer Vermögenswerte zu widersprechen. Nach § 777 ZPO soll es jedoch dem Ermessen des Schuldners freigestellt sein, ob eine weitergehende Zwangsvollstreckung verhindert werden soll oder nicht; von Amts wegen greift das Gericht nicht ein. Daraus ist wohl zu entnehmen, daß diese Vorschrift in erster Linie den Schutz des Schuldners bezweckt, wenn auch mittelbar durch dessen Widerspruch eine weitere gerichtliche Inanspruchnahme vermieden wird. Nun ist zwar die Bestimmung des § 777 ZPO nicht — auch nicht entsprechend — auf das Konkurseröffnungsverfahren anwendbar. Der dieser Regelung zugrundeliegende Rechtsgedanke verdient jedoch allgemeine Anerkennung: Dem Gläubiger muß und soll zugemutet werden, zunächst auf die Objekte zuzugreifen, die ihm am nächsten liegen, ehe er weitere staatliche Zwangsmittel gegen den Schuldner einsetzt.

Beruht aber die Entscheidung des Gesetzes im Bereiche der Zwangsvollstreckung auf schuldnerschützenden Erwägungen und ist es in unserem Konkursfalle letztlich diese Erwägung, die zur Zurückweisung des Konkursantrages führt, woher nehmen wir dann das Recht, eine amtswegige Prüfung und Entscheidung des Gerichtes zu fordern?

Für die Zwangsvollstreckung, in welcher es vornehmlich um die Verfolgung privater Interessen geht, mag es erlaubt sein, die Verwirklichung des Schutzgedankens des § 777 ZPO dem freien Belieben des Einzelnen zu überlassen. Im Konkurs dagegen gehen private und öffentliche Interessen ineinander über, und gerade die letzteren sind diejenigen, deren Schutz im Vordergrund steht. Ein Konkurs ist kein Rechtsstreit zwischen zwei sich feindlich gegenüberstehenden Parteien, sondern strahlt auf viele, auf große Bereiche des Wirtschafts- und Soziallebens aus. Seine Durchführung wirkt sich nicht nur auf die Rechte des Antragstellers und des Gemeinschuldners, nicht einmal nur auf die Rechte der unmittelbar Beteiligten aus, sondern greift oft in die Rechtsstellung einer unbestimmten Vielheit ein. Aus dieser engen Verknüpfung des Schicksals eines einzelnen und der Schicksale vieler leiten wir das Recht ab, den in § 777 ZPO niedergelegten Gedanken im Konkurs von Amts wegen zu berücksichtigen. Eine Trennung der privaten schuldne-

rischen Interessensphäre von der der Allgemeinheit ist hier ausgeschlossen. Indem wir den Rechtsgedanken des § 777 ZPO im Konkurs von Amts wegen beachten, schützen wir zwar auch den Schuldner, aber weit mehr noch die Belange einer Vielheit, den Rechtsfrieden und das Sozialleben, dessen Sicherheit hier keines Konkursverfahrens bedarf.

5. Das Verhältnis von Zwangsvollstreckungs- und Erkenntnisverfahren einerseits und Konkursverfahren andererseits wird noch von einigen weiteren Entscheidungen der Rechtsprechung berührt, in denen eben jene Freiheit der Wahl des Gläubigers, welchen Verfahrensweg er in Anspruch nehmen will, eingeschränkt wird.

   a) So hat das OLG Oldenburg[1] das Rechtsschutzinteresse eines Antragstellers dann in Frage gestellt, wenn mit dem Konkursantrag nur die unverzügliche Abwicklung eines Pachtverhältnisses erreicht werden solle. Der Antragsteller hatte einen ihm gehörenden Hof an die Eheleute O. verpachtet und, weil diese mit der Pacht in Rückstand waren, das Pachtverhältnis wegen Verzugs der Eheleute gekündigt. Seinen Konkursantrag begründete er damit, daß die Eheleute zahlungsunfähig seien und nur im Konkurs die Abwicklung des Pachtverhältnisses zu erreichen sei. Gerade auf diese letzte Äußerung des Antragstellers stützte das OLG seine Entscheidung. Es verwies die Sache an das Amtsgericht zurück mit der Begründung, wenn der Antragsteller lediglich diesen Erfolg erstrebe und dieser Erfolg auch auf anderem Wege erreicht werden könne, könne es an einem Rechtsschutzinteresse fehlen.
   Das OLG ist also sehr vorsichtig zu Werke gegangen[2]. Es hat nur die Möglichkeit eines mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses bejaht. Aber selbst diese bloße Möglichkeit scheint uns noch sehr vage. Es besteht kein Zweifel, daß viele Gläubiger mit der Stellung eines Konkursantrages irgendwelche besondere, oft auch konkursfremde Absichten verfolgen. Solange diese Absichten nur Beiwerk des grundsätzlich legitimen Interesses des Gläubigers, seine Rechte im Konkurs wahrzunehmen und dort ihre Befriedigung durchzusetzen, sind, ist dies keineswegs zu beanstanden. Es mögen Fälle denkbar sein, in welchen private, konkursfremde Absichten überwiegen; solche Fälle sind jedoch sehr selten und um so weniger gefährlich, als ja das geschriebene Konkursrecht, wenn es die Konkurseröffnung von der Glaubhaftmachung einer Konkursforderung und vom Nachweis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners abhängig macht, den Beweis eines legitimen Konkursinteresses von dem Antragsteller verlangt.
   Im vorliegenden Falle ist aus dem mitgeteilten Sachverhalt zu entnehmen, daß der Antragsteller Inhaber einer Konkursforderung[3] war, ferner, daß beide Schuldner auch zahlungsunfähig waren. Daß es dem Gläubiger unter diesen Umständen nicht auf die wenigstens teilweise Befriedigung seiner Geldforderung, sondern lediglich auf die Rückabwicklung des Vertragsver-

1 Beschluß v. 25. 10. 1954 in MDR 1955, S. 175.
2 Sehr viel eindeutiger für die Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses Jäger-Weber aaO.
3 D. h. einer Pachtzinsforderung oder eines Anspruches aus Verzugsschaden, nicht aber nur des Rückgewährungsanspruches nach den §§ 581, 556, 554 BGB oder des Herausgabeanspruches nach § 985 BGB.

hältnisses ankommen konnte, ist in dieser Ausschließlichkeit praktisch nicht vorstellbar, und selbst wenn der Antragsteller letzteres als Motiv seiner Antragstellung nennt, nicht als das von diesem ausschließlich verfolgte Ziel zu unterstellen, zumal er doch mit seinem Antrag auch die Durchsetzung seiner rückständigen Pachtzinsforderungen begehrte. Wir sind der Auffassung, daß ein Gläubiger, der tatsächlich sein Forderungsrecht glaubhaft machen kann und auch die weiteren Erfordernisse der Konkurseröffnung erfüllt, hinreichend bewiesen hat, daß er ein echtes legitimes Interesse an der Eröffnung und Durchführung des Konkurses hat. Wenn er daneben noch andere, von der Konkursordnung nicht anerkannte Absichten verfolgt, so vermag dies grundsätzlich sein bestehendes legitimes Interesse nicht zu beeinträchtigen. Eine Ausnahme ist nur dann zu machen, wenn dem Antragsteller faktisch nichts an der Befriedigung seiner Forderung in Gemeinschaft mit allen übrigen Gläubigern liegen kann und es ihm nachweislich allein auf die Erreichung eines konkursfremden Zieles, also hier auf eine beschleunigte Rückabwicklung des Pachtverhältnisses ankommt. Dann allerdings ist sein Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen. Denn dann mißbraucht er das Konkursverfahren zur Durchsetzung mißbilligter, eigennütziger Interessen. Solche Interessen sind in den Verfahren der ZPO zu verwirklichen. Es darf aber nicht verkannt werden, daß ein solcher Ausnahmefall der Theorie angehört. Das Rechtsschutzbedürfnis darf im Interesse der Rechtsschutzgewährung nur dann verneint werden, wenn die vorstehend beschriebene Unredlichkeit des Antragstellers nachgewiesen ist. Wie aber sollte dieser Beweis geführt werden, wenn nicht der Antragsteller seine alleinigen Absichten selbst gesteht. Die Vermutung spricht stets gegen das Vorliegen eines unredlichen Verhaltens. Als Regel muß gelten, daß das Rechtsschutzbedürfnis dann nicht verneint werden kann, wenn der Antragsteller auch nur auf die Befriedigung seiner Konkursforderung im Konkurs pocht und sein Forderungsrecht glaubhaft machen kann. Denn dann vermag nicht mehr sicher ausgeschlossen zu werden, daß er doch ein legitimes Interesse an der Durchführung des Konkurses hat, daß also sein Begehren den Zwecken des Konkurses entspricht.

b) In diesen Zusammenhang gehören auch die folgenden Fälle:

aa) Ein Gläubiger beabsichtigt mit der Antragstellung, den Wettbewerb eines anderen niederzukämpfen oder

bb) es geht ihm darum, dem Schuldner ein Warenzeichen wegzunehmen[1].

Auch hier ist nicht anders zu entscheiden als im oben geschilderten Fall. Es kommt darauf an, ob das Gericht dem Antragsteller nachweisen

---

[1] Dieser Fall wird angeführt von Böhle-Stamschräder aaO § 105 Anm. 4, Mentzel-Kuhn aaO § 105 Anm. 5, Jäger-Weber aaO; vgl. auch Baur in JZ 1951 aaO (II 2), nach welchem die Abweisung des Konkursantrags bei ausschließlicher (!) Verfolgung unlauterer Motive zum Schutz des Schuldners gegen „mißbräuchliche Ausnutzung des Konkursanspruches" überleitet. Gerade der letztere Gedanke, das Rechtsschutzbedürfniserfordernis als Ausfluß der Grundätze von Treu und Glauben zu werten, entspricht ja unserer Auffassung, und zwar nicht nur speziell in diesem Falle, sondern ganz allgemein. Für nicht richtig halten wir jedoch die Meinung, daß der Gläubigerantrag zum Schutze des Schuldners abgewiesen werden müsse. In Wahrheit geschieht dies zum Schutze öffentlicher Rechtsgüter, denn der Schuldnerschutz ist schon wesensmäßig nicht Funktion des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses; er könnte wohl auch kaum ein amtswegiges Einschreiten rechtfertigen.

kann, daß er ausschließlich diese Absichten verfolgt. Theoretisch ist dies denkbar, praktisch jedoch nicht, da der Gläubiger sich in jedem Fall auch die Befriedigung seiner Forderungen im Konkurs vorgenommen hat. Sucht er jedoch auch die Befriedigung seiner Forderungen, so hat sein Interesse als legitim zu gelten. Daß der Schuldner mit der Konkurseröffnung aus dem Wettbewerb ausscheidet oder seines Warenzeichens verlustig geht, ist die Folge seines totalen finanziellen Zusammenbruchs, durch welchen er sich selbst aus dem Wettbewerb ausgeschlossen hat. Wenn ein Gläubiger unter diesen Umständen willentlich den letzten Anstoß zur völligen Vernichtung der Existenz des Schuldners gibt, so mag dies hart sein. Diese Härte ist jedoch vom Gesetz gewollt und trifft zu Recht jeden zahlungsunfähigen Wettbewerber. Das Vorgehen des Gläubigers kann nicht als mißbräuchlich zurückgewiesen werden, da ihm nicht verwehrt werden kann, angesichts des völligen Ruins des Schuldners den Konkursweg in Anspruch zu nehmen. Unseres Erachtens liegt in all diesen Fällen das richtige Kriterium für die Praxis in den geschriebenen Voraussetzungen der Konkurseröffnung. Ausschließlich die gerügten Absichten kann praktisch nur der Antragsteller verfolgen, der gar keine Konkursforderung inne hat oder der Konkursantrag gegen einen zahlungsfähigen Schuldner stellt, um diesen zu schikanieren oder wirtschaftlich zu schädigen. Solche Anträge sind nicht wegen Fehlens eines Rechtsschutzbedürfnisses, sondern allein deshalb zurückzuweisen, weil die Antragsbefugnis nicht glaubhaft gemacht oder der Konkursgrund nicht erwiesen ist. Im übrigen bietet hier § 826 BGB die richtige Handhabe für den Schuldner zur Abwehr eines solchen Verhaltens eines Gläubigers.

c) Ebensowenig reicht es zur Zurücknahme eines Gläubigerantrags wegen Fehlens eines Rechtsschutzbedürfnisses aus, daß das Gericht feststellt, der Gläubiger habe seinen Konkursantrag nur als Druckmittel gegen den Schuldner benützen wollen oder der Gläubiger erstrebe nur seine eigene Befriedigung.

Auch diese Absichten wird letztlich jeder Konkursgläubiger insgeheim verfolgen, ohne daß dies zu einer Störung des mit dem Konkurs erstrebten öffentlichen Zweckes führen muß und ohne daß das Gericht aus öffentlichen Rücksichten einschreiten müßte. Denn tatsächlich läßt sich regelmäßig mit der Stellung eines Konkursantrages nicht die eigene, bevorzugte, sondern nur die gemeinschaftliche, quotenmäßige Befriedigung aller Gläubiger erreichen. Es gibt jedoch besonders gelagerte Ausnahmefälle:

aa) Eine solche besondere Fallgestaltung liegt jedoch entgegen Jäger-Weber[1] nicht schon dann vor, wenn ein Bürge wegen seines bestehenden Befreiungsanspruchs nach § 775 BGB Konkursantrag gegen den Hauptschuldner stellt. Jäger-Weber meint, dem Bürger gehe es in dieser Lage „typischerweise" nicht um die Durchführung eines gemeinschaftlichen Befriedigungsverfahrens, sondern um die Ausübung eines wirk-

1 aaO unter Hinweis auf das AG Kiel, Beschluß vom 10. 10. 1952 in SchlHA 1953, S. 141.

samen Drucks auf den Schuldner mit dem Ziele der Erfüllung des Befreiungsanspruches.

Eine solche Argumentation ist in Anbetracht der Pflicht des Staates zur lückenlosen Rechtsschutzgewährung grundsätzlich gefährlich, weil sie unter dem Deckmantel eines angeblichen Erfahrungssatzes das wenig differenzierte Moment „typischerweise" einführt, das sich beliebig wenden und drehen läßt und infolgedessen niemals zum Beweis einer tatsächlichen Mißbräuchlichkeit des Gläubigerbegehrens geeignet sein kann. Uns ist überdies gar nicht ersichtlich, weshalb das Verhalten des Bürgen typisch sein sollte. Weshalb sollte er sich in einer typisch anderen Situation befinden als jeder andere Konkursgläubiger[1], sei es ein Verkäufer, sei es ein Werkunternehmer. Keinem Antragsteller geht es letztlich darum, nur eine gemeinschaftliche, quotenmäßige Befriedigung zu bewirken; jeder möchte die volle Quote oder hofft gar auf eine volle Befriedigung durch den Schuldner ohne Konkursverfahren. Wie jeder Konkursgläubiger verdient „typischerweise" auch der Bürge für seine ihm nach § 775 BGB gerade für den Fall der Verschlechterung der Vermögenslage des Hauptschuldners zuerkannte Forderung Rechtsschutz. Auch ihm darf nicht zugemutet werden, mit anderen Gläubigern des Schuldners um die vielleicht noch vorhandenen zugriffsfähigen Vermögensstücke im Erkenntnis- oder Zwangsvollstreckungsverfahren zu kämpfen, also trotz feststehender Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erst noch mit diesem um einen vollstreckbaren Titel zu streiten, um schließlich vor dem völligen Nichts zu stehen. Wir glauben, daß die geschriebenen Voraussetzungen der Konkurseröffnung die Problematik dieses und ähnlicher Fälle zufriedenstellend und ausreichend würdigen.

bb) Anders ist es jedoch dann, wenn das Vorgehen des Gläubigers zu einer echten Gefahr für die Zwecke des Konkurses wird. Ein Einschreiten des Gerichts ist dann geboten, wenn das Gericht nicht nur die Absicht des Gläubigers, auf den Schuldner einen mit der Zielsetzung des Konkurses unvereinbaren Druck auszuüben und allein seine eigene Befriedigung anzustreben, als vorherrschendes Motiv des Gläubigers erkennt, sondern der Erfolg dieser Absicht tatsächlich unmittelbar droht. Der in dem Verhalten des Gläubigers liegende Mißbrauch des Konkursrechtsweges zur Erreichung konkursfremder Zwecke muß also bereits zu einer Störung geführt haben oder eine solche Störung zumindest tatsächlich drohen, wenn der Konkursantrag zugelassen werden würde.

Eine solche echte Störung kann man mit der herrschenden Lehre in folgendem Sachverhalt sehen[2], über den schon in den Jahren nach 1930

---

1 Vgl. zur Konkursgläubigereigenschaft des Bürgen: Jäger aaO § 3 Anm. 9; Jäger-Weber aaO; Stein-Jonas-Schönke aaO § 887 N. 25; unrichtig AG Kiel aaO.

2 Vgl. Schumann, Zwei Fragen aus dem Konkurs- und Vergleichsrecht, KonkTreuh 1938, S. 4; Krantz, Konkursantrag als Druckmittel zu Ratenzahlungen?, NJW 1952, S. 291; Boennecke, Einzelfragen aus der konkursgerichtlichen Praxis, KonkTreuh 1955, S. 173; Peter aaO; Jäger-Weber aaO; Böhle-Stamschräder aaO; Mentzel-Kuhn aaO; Fichtner, Konkursordnung 1955, § 105 Bem. 1 B.

berichtet wird. Heute hat dieser Sachverhalt eher noch an Bedeutung gewonnen, da für viele Gläubiger der Konkursantrag eine durchaus übliche Maßnahme der Durchsetzung von Gläubigerrechten geworden ist.

Ein Gläubiger stellt Konkursantrag. Der Antrag wird zugelassen, da Forderung und Konkursgrund glaubhaft gemacht werden[1]. Im Anhörungstermin nach § 105 KO bestreitet der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit und bietet Teilzahlung an; er bittet um Sistierung des Antrags. Der Gläubiger erklärt sich mit den angebotenen Teilzahlungen einverstanden und bittet seinerseits das Gericht, einstweilen nicht über den Antrag zu entscheiden und auch bis auf weiteres keine Ermittlungen über die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners anzustellen, sofern dies nicht schon deshalb unnötig ist, weil das Bestreiten des Schuldners offensichtlich unbegründet ist. Zahlt nun der Schuldner die versprochenen Raten, so nimmt der Gläubiger nach seiner endgültigen Befriedigung den Konkursantrag zurück; kommt aber der Schuldner mit seinen Ratenzahlungen in Verzug, so meldet der Gläubiger dies dem Gericht und beantragt gleichzeitig, das Verfahren fortzusetzen. Bei der nunmehr stattfindenden Anhörung kann sich möglicherweise der gleiche Vorgang wiederholen, und zwar beliebig oft, bis der Gläubiger bereits mit befriedigt ist. Zuweilen geschieht es auch, daß der Gläubiger bereits mit seinem Konkursantrag ausdrücklich die Aussetzung der Entscheidung über die Eröffnung beantragt, falls der Schuldner sich bereit erklärt, seine Schulden in Raten zu tilgen.

Sachlich ändert die zuletzt geschilderte Abwandlung unseres Ausgangsfalles nichts; hier wird nur noch deutlicher, daß der Antragsteller in Fällen dieser Art weder die Eröffnung des Konkursverfahrens überhaupt, noch die Liquidation des Schuldvermögens nach den Regeln der Konkursordnung anstrebt. Ein solcher Gläubiger sucht von vornherein nicht die gleiche, anteilmäßige Befriedigung aller Gläubiger des Schuldners, sondern nur seine eigene unter Ausschaltung aller übrigen Gläubiger, und, was besonders wesentlich ist, seine Absicht ist, sofern das Konkursgericht nicht dagegen einschreitet, auch erfolgreich. Der Antragsteller verfolgt hier also die ausschließliche Absicht, die par conditio creditorum zu vereiteln[2] und bedient sich dazu des Verfahrensweges, dessen Ziel die Erfüllung dieses Grundsatzes gerade ist. Materiell stellt sich sein Verhalten als Akt der Zwangsvollstreckung und nicht als Konkursmaßnahme dar. Der Konkursantrag erscheint dem Gläubiger lediglich als das zweckmäßigste Mittel, seinem Zugriff auf das Schuldnervermögen den größtmöglichen (staatlichen) Zwang beizulegen. Die Gefahr, daß er sich dieses

1 Doch sind gerade an die Prüfung dieses Erfordernisses in Fällen der zu schildernden Art strenge Anforderungen zu stellen, denn vielfach wird dem Gläubiger unter den gegebenen Umständen die Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit schon nicht gelingen, wenn er überhaupt freiwillige Zahlungen seines Schuldners erwartet.

2 So auch Schumann aaO; Krantz aaO.

Zwangsmittels mit Erfolg zu Lasten aller übrigen Gläubiger bedient, ist unschwer zu erkennen und bedarf keiner weiteren Erwähnung[1].

Deshalb ist es heute auch wohl allgemein anerkannt[2], daß ein Gläubigerantrag dieser Art unzulässig ist. Der Gläubiger ist auf den Weg der Zwangsvollstreckung zu verweisen, der für die Erreichung der von ihm gewollten Art der Durchsetzung von Gläubigerrechten geschaffen ist.

Wenn man sich etwa vorstellt, daß mehrere Gläubiger auf diese Weise gegen den Schuldner vorgehen, wird unser Ergebnis noch eindeutiger, denn das Konkursverfahren wäre dann nichts anderes als die Summe mehrerer Einzelzwangsvollstreckungsverfahren[3].

Doch bedarf es zum Erkennen der Unzulässigkeit solcher Konkursanträge gar nicht der Zuspitzung unseres Ausgangsfalles. Es ist nicht einmal erforderlich, daß der Gläubiger seinen Konkursantrag wiederholt sistiert oder das Konkursverfahren bereits geraume Zeit andauert[4]. Vielmehr muß bereits das erstmalige Auftreten des Gläubigers in der gerügten Weise zur Zurückweisung seines Antrages führen, da bereits jetzt ein echtes allgemeines Anliegen besteht, solche Konkursanträge für unzulässig zu halten. Nur eine strenge Handhabung vermag zu verhindern, daß solches Vorgehen der Gläubiger zur Regel wird. Dabei scheint es uns rechtlich nicht von Bedeutung, ob der Unzulässigkeitsgrund, wie in dem abgewandelten Sachverhalt, sofort erkennbar und der Antrag a limine abgewiesen wird oder erst nach dessen Zulassung im Stadium der sachlichen Würdigung. Denn die Unzulässigkeit des Antrags ist in jedem Stadium des Eröffnungsverfahrens bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Konkurses von Amts wegen zu beachten. Unstrittig kann auch ein bereits zugelassener Antrag jederzeit, sobald sich seine Unzulässigkeit herausstellt zurückgewiesen werden[5].

Solche Konkursanträge sind jedoch noch unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt unzulässig. Formaler zwar, aber weit praktikabler, weil sich grundsätzliche Erwägungen über Sinn und Zweck des Konkurses erübrigen, ist es, anzunehmen, der Gläubiger stelle unter den gegebenen Umständen einen bedingten und deshalb unzulässigen Konkursantrag[6].

---

1 Vgl. noch Schumann aaO.
2 Vgl. die oben S. 93 angeführten Literaturstellen.
3 Vgl. Schumann aaO; Krantz aaO.
4 Eine relativ lange Zeit zwischen Konkursantragstellung und Konkurseröffnung macht ja allein einen Konkursantrag nicht unzulässig, vgl. RGZ 88. Bd., S. 237; Schumann aaO.
5 Vgl. Jäger aaO § 105 Anm. 1.
6 So Krantz aaO (a. A.: Schumann aaO) unter Berufung auf OLG Frankfurt (Main), Beschluß v. 23. 7. 1926 in JW 1926, S. 2114 Nr. 9, das folgenden Sachverhalt zu entscheiden hatte: Der Schuldner hatte im Anhörungstermin seine Zahlungsunfähigkeit zugegeben, jedoch gebeten, die Entscheidung auszusetzen und zugleich ein allgemeines Veräußerungs- und Versteigerungsverbot nach § 106 KO zu erlassen, da er mit seinen Gläubigern über den Abschluß eines Vergleichs verhandle. Die Zwangsversteigerung stand unmittelbar bevor. Der antragstellende Gläubiger erklärte sich im Anhörungstermin einverstanden und stellte den Aussetzungsantrag, bat auch während des Verfahrens selbst noch zweimal um Aussetzung. Das OLG hielt den Antrag für unzulässig, da er bedingt gestellt sei.

Bedingt ist der Antrag des Gläubigers in beiden Alternativen unseres Sachverhalts durch die weitere Erklärung des Gläubigers, daß er seinen Antrag aufrechterhalte und nunmehr die amtliche Klärung der Konkursvoraussetzungen und Entscheidung über seinen Konkursantrag begehre[1]. Während bei der ersten Alternative der Antrag erst im Laufe des Verfahrens an diese Bedingung geknüpft wird, ist bei der zweiten Alternative der Antrag von vornherein aufschiebend bedingt gestellt, und zwar in der Weise, daß die aufschiebende Bedingung ihrerseits an die Bedingung einer bestimmten Erklärung oder eines Versprechens des Schuldners geknüpft ist. Beide Alternativen sind gleich zu werten, da der Antrag in jedem Stadium des Eröffnungsverfahrens, d. h. zu jeder Zeit, da der Richter die Zulässigkeit zu prüfen hat, vorbehaltlos gestellt sein muß[2]. Wie Jäger richtig bemerkt, können solche Anträge nicht kurzerhand als unbedingt gestellt behandelt werden; sie sind vielmehr als unzulässig abzuweisen.

Auch wenn man wegen des Zusammenwirkens von Gläubiger und Schuldner in unserem Falle die Stellung eines gemeinsamen Antrags beider auf Anordnung des Ruhens des Verfahrens annehmen wollte (etwa gemäß den §§ 72 KO, 251 ZPO), änderte sich an der Unzulässigkeit nichts, da ein Ruhen des Konkursverfahrens, also auch des Konkurseröffnungsverfahrens, nicht wirksam vereinbart oder beantragt werden kann[3] [4].

Der Konkursantrag ist also auf jeden Fall als unzulässig zurückzuweisen. Da nun aber zwei verschiedene, unabhängig voneinander gewonnene Unzulässigkeitsgründe vorliegen, erhebt sich die Frage nach ihrer Konkurrenz. Diese Frage leitet über zu der weiteren, in welcher Reihenfolge zu anderen Zulässigkeits-(Sachentscheidungs-)Voraussetzungen das Rechtsschutzbedürfniserfordernis zu prüfen ist. Die Lehre ist sich weitgehend darüber einig, daß das Rechtsschutzbedürfniserfordernis als letzte der allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen untersucht wird[5]. Wir stimmen dieser Auffassung zu, da sie die von uns vertretene Subsidiarität des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses nur bestätigt, d. h. die praktische Folge dieser Subsidiarität ist. Das Gericht hat in unserem konkreten Fall den Antrag des Gläubigers abzuweisen, da diesem die erforderliche Bestimmtheit und Vorbehaltlosigkeit fehlt. Darüber hinaus das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses zu prüfen ist nicht notwendig, obschon theoretisch ein doppelter Mangel gegeben ist. Ist das Rechtsschutzbedürfnis aber als letzte der Zulässigkeitsvoraussetzungen

1 Vgl. Krantz aaO.
2 Vgl. Jäger aaO § 9, 103 Anm. 2 b.
3 § 251 ZPO findet im Konkurs keine Anwendung; vgl. Jäger-Lent aaO § 72 Anm. 6.
4 Unser Insolvenzrecht kennt überhaupt nur einen Fall der Aussetzung des Verfahrens. Stellt der Schuldner während des Konkurseröffnungsverfahrens den Antrag auf Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens, so soll die Entscheidung über die Konkurseröffnung (nur diese, nicht das Konkursverfahren insgesamt, vgl. Bley, Vergleichsordnung, § 46 III 8) ausgesetzt, d. h. von Rechts wegen unterbrochen sein; vgl. auch Jäger aaO § 105 Anm. 5.
5 Vgl. hierzu Pohle, Festschrift für Lent, S. 208 Anm. 48 mit Hinweisen.

zu untersuchen, so ist es schon deshalb nicht weiter zu beachten, weil die Unzulässigkeit des Antrags, ehe es zu prüfen ist, bereits feststeht und der Antrag schließlich nicht „noch unzulässiger" werden kann. Wollte man den Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses doch berücksichtigen, so müßte man auch alle anderen dem Rechtsschutzbedürfnis in der Reihenfolge vorausgehenden Zulässigkeitsvoraussetzungen trotz feststehender Unzulässigkeit stets ebenfalls prüfen[1]. Niemand fordert ein solch unsinniges und nutzloses Verfahren. Deshalb mag es im übrigen theoretisch interessant sein, eine Rang- oder Reihenfolge der Prüfung von Zulässigkeitsvoraussetzungen aufzustellen. Eine starre Regelung wäre jedoch zumindest für die Praxis von geringem Nutzen, denn es widerspräche den Grundsätzen der Prozeßökonomie, sollte das Gericht, nachdem es bereits einen Unzulässigkeitsgrund festgestellt hat, nur deshalb weitere Ermittlungen anstellen, weil dieser in der Reihenfolge hinter anderen, vom Gericht noch nicht überprüften Voraussetzungen rangiert.

6. a) Nicht selten werden Konkursanträge von Gläubigern gestellt, obwohl diesen bekannt sein muß, daß nicht einmal eine die Kosten des Verfahrens deckende Konkursmasse vorhanden ist. Jäger[2] will solchen Anträgen das Rechtsschutzbedürfnis absprechen, weil der beantragte Konkurs aussichtslos erscheine und zu keiner, auch nicht zur teilweisen, geringfügigen Befriedigung des Gläubigers führen könne, ein vollkommen zweckloser Konkurs aber erst gar nicht eröffnet werden dürfe.

Letzteres ist wohl richtig; zu dieser Folgerung führt uns aber nicht erst die Rechtsschutzbedürfnisprüfung, sondern bereits die Regelung des § 107 Abs. 1 Satz 1 KO, die das Gericht ermächtigt, einen Konkursantrag abzuweisen, (wie ja auch ein bereits eröffnetes Verfahren nach § 204 KO einzustellen), wenn eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist. Die völlige Aussichtslosigkeit des Konkursverfahrens begründet allein niemals die Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisbegriffs, da dieser Tatbestand bereits in § 107 KO ausreichend und speziell gesetzlich gewürdigt ist und daneben für die Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisbegriffes kein Raum ist. Daß es richtig ist, die Fälle der Aussichtslosigkeit wegen Massemangels ausschließlich im Rahmen des § 107 KO zu erörtern, zeigt die weitere Regelung in § 107 Abs. 1 Satz 2. Trotz festgestellten Massemangels darf ein Konkursantrag nach dieser Vorschrift nicht zurückgewiesen werden („die Abweisung unterbleibt ..."), wenn ein ausreichender Geldbetrag vorgeschossen wird. Diese Bestimmung erweist unseres Erachtens unmißverständlich, daß die Aussichtslosigkeit selbst kein gebietender Grund für ein Einschreiten von Amts wegen darstellt, da doch der privaten Initiative des einzelnen Antragstellers weiter Spielraum gelassen wird.

§ 107 Abs. 1 S. 2 KO entspricht einem starken praktischen Bedürfnis. Im

[1] So auch Pohle aaO S. 207 f.
[2] KonkTreuh aaO; vgl. jetzt auch Jäger-Weber aaO § 107 Anm. 1.

allgemeinen läßt sich zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht abschließend übersehen, ob die Durchführung des Konkurses tatsächlich aussichtlos ist. Daher bestand schon frühzeitig die Übung[1], trotz gegenwärtigem Massemangel den Konkurs zu eröffnen, wenn der Gläubiger einen ausreichenden Geldbetrag vorschoß. Seit der Novelle von 1898 ist diese Übung Gesetz. Diese Möglichkeit steht dem Antragsteller selbst dann zur Verfügung, wenn ein vorhergehendes Offenbarungseidsverfahren in der Zwangsvollstreckung fruchtlos geblieben ist. Denn selbst wenn der Schuldner kein gegenwärtig realisierbares Vermögen haben sollte, können doch etwa durch Anfechtungen für Rechnung der Konkursmasse im eröffneten Konkurse Vermögensstücke zurückgewonnen oder gar neue Werte hinzugewonnen werden, die zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht vorauszusehen waren. Die Masseunzulänglichkeit im Zeitpunkt des Konkurseröffnungsverfahrens ist deshalb mit Recht von vornherein vom Gesetz nicht als Grund angesehen worden, dem Konkursantrag auf jeden Fall den Erfolg zu versagen. Entschließt sich daher ein Antragsteller, dem gegebenenfalls durch Beschluß die Unzulänglichkeit der Masse bekanntzugeben ist, zur Leistung eines bestimmten Geldbetrages binnen einer bestimmten Frist, so wendet er die Abweisung seines Antrags wegen Massemangels ab, und der Konkurs ist zu eröffnen. Bei seinem Entschluß ist der Antragsteller frei; wie auch immer er sich entscheidet, andere Vor- oder Nachteile als die in § 107 KO ausdrücklich vorgesehenen entstehen ihm dadurch nicht. Das Gericht prüft auch grundsätzlich seine Motivation nicht nach.

Die Aussichtslosigkeit der erstrebten Konkurseröffnung im Zeitpunkt der Entscheidung ist daher angesichts der ausdrücklichen und erschöpfenden Regelung des § 107 KO allein kein Argument für eine Rechtsschutzbedürfnisverneinung.

b) Scheiden somit alle die Fälle aus, in jenen lediglich ein bereits von der Regelung des § 107 KO erfaßter Tatbestand gegeben ist, so sind wir, wenn wir Fragen des Rechtsschutzbedürfnisses bei Anträgen der geschilderten Art weiter erörtern wollen, gezwungen, unseren Ausgangsfall abzuwandeln und inhaltlich so zu gestalten, daß andere als die bereits durch die Regelung des § 107 hinreichend erfaßten Momente für die Entscheidung mitsprechen können.

Nehmen wir an, daß der Antragsteller es schon zusammen mit der Stellung seines Konkursantrages ablehnt, einen bestimmten Geldbetrag vorzuschießen, daß der Antragsteller ferner bereits zu diesem Zeitpunkt aus seiner Kenntnis eines fruchtlos verlaufenden Offenbarungseidsverfahrens von der Masseunzulänglichkeit sicher weiß oder aber auch, daß er seine Ablehnung nur ankündigt für den Fall, daß sich die Masseunzulänglichkeit während des Konkurseröffnungsverfahrens herausstellen sollte. Unter solchen Umständen taucht sofort der Verdacht auf, daß es dem Antragsteller gar nicht ernstlich

---

1 Vgl. Jäger aaO § 107 Anm. 2.

auf die Durchführung des Konkurses ankommt, daß er vielmehr einen anderen, vielleicht konkursfremden Erfolg anstrebt.

Worauf könnte seine Absicht gerichtet sein, wenn er schon die Abweisung seines Antrages in Kauf nimmt? Die Antwort ergibt sich aus § 107 Abs. 2 KO. Der Antragsteller könnte ausschließlich erreichen wollen, daß die Abweisung seines Antrags und ihr Grund, eben die Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens, in die sogenannte „schwarze Liste" für jedermann sichtbar verzeichnet wird[1].

Die Frage, die sich uns jetzt stellt, geht dahin, ob der Erfolg dieser Absicht des Gläubigers, die öffentliche Brandmarkung des Schuldners als insolventen Großschuldenmacher, in einer Weise dem Zweck und den Zielen des Konkursverfahrens widerspricht, daß ein amtswegiges Einschreiten zum Schutze höherwertiger öffentlicher Rechtsgüter zwingend geboten erscheint. Bejaht man dies, so ist die Absicht des Antragstellers vereitelt, denn bei Zurückweisung des Antrags wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses entfällt eine Eintragung in das Verzeichnis des § 107 Abs. 2 KO.

Die Frage ist zu bejahen[2]. Richtig ist — und dies spricht entschieden für die Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses für solche Konkursanträge —, daß es nicht Sinn und Zweck des Konkursverfahrens ist, den Schuldner öffentlich bloßzustellen. Unter diesem Gesichtspunkt hat der Antragsteller das falsche Verfahren gewählt[3], wenn der Konkursantrag nach allen Umständen schlechthin keinen anderen Sinn haben kann als den, dieses Ziel zu erreichen[4].

Diese Argumentation ist jedoch nicht frei von Bedenken. Betrachten wir nochmals unseren Ausgangsfall[5]. In aller Regel wird der Gläubiger die Leistung eines Kostenvorschusses erst im Laufe des Eröffnungsverfahrens auf den Beschluß des Konkursgerichts hin ablehnen. Keinem Gericht wird und ist aber bislang auch nur der Gedanke gekommen, den Konkursantrag nunmehr als Folge dieser Ablehnung wegen Fehlens eines Rechtsschutzbedürfnisses und nicht gemäß § 107 KO abzuweisen, obwohl doch nach den Umständen der Konkursantrag wenigstens im jetzigen Zeitpunkt des Verfahrens nicht mehr auf die Durchführung eines Konkursverfahrens gerichtet ist. Offenbar — und im Ergebnis regelmäßig zu Recht — ist die Praxis der Auffassung, daß § 107 KO diese Inkongruenz hinreichend erfasse. Nun ist es aber bei dieser Sachlage gleichwohl denkbar, daß der Antragsteller nicht erst jetzt seine ablehnende Entscheidung getroffen hat, sondern von vorn-

---

1 Es lassen sich auch weitere Fälle denken, z. B. daß der Gläubiger mit seiner Ablehnung in Kenntnis der Masseunzulänglichkeit zugleich den Antrag verbindet, das Verfahren zu sistieren, falls der Schuldner im Anhörungstermin oder schon früher Ratenzahlungen verspricht. Den Erfolg einer solchen Absicht kann man jedoch bereits mit der oben S. 120 ff dargelegten Begründung vereiteln.

2 Vgl. Jäger, KonkTreuh aaO; Peter aaO, der jedoch größtenteils wenig juristisch argumentiert; vgl. auch Jäger-Weber aaO § 107 Anm. 1.

3 So Peter aaO.

4 Vgl. Jäger-Weber aaO, der den Antrag wohl ebenfalls wegen Verfolgung unlauterer oder konkursfremder Ziele ablehnen würde.

5 Oben unter a.

herein keinen Kostenvorschuß leisten wollte, dabei aber von Anfang an wußte, daß dies zur Durchführung eines Konkursverfahrens notwendig sein würde, da keine ausreichende Masse vorhanden ist, daß der Antragsteller also von vornherein ausschließlich die Absicht verfolgte, die Eintragung des Schuldners in das Verzeichnis des § 107 Abs. 2 KO herbeizuführen. Dies könnte dem Gläubiger zwar nur selten nachgewiesen werden, immerhin könnte man sich aber eine sichere Beweisführung vorstellen, wenn sie vom Konkursgericht energisch betrieben würde. Indiz könnte etwa die genaue Kenntnis des Antragstellers von den Vermögensverhältnissen des Schuldners aus einem vorhergehenden Offenbarungseidsverfahren sein. Eine solche Beweisführung ist von den Konkursgerichten niemals angestellt, ja noch nicht einmal versucht worden. Soll man daraus folgern, daß das Bestehen einer solchen vorgefaßten Absicht in Kauf zu nehmen und unbeachtlich, d. h. daß es nicht im öffentlichen Interesse geboten ist, nachdem schon der gesetzliche Abweisungsgrund des § 107 mit der sich aus dessen Abs. 2 ergebenden Folge vorliegt, weitere Nachforschungen von Gerichts wegen nach einer etwa vorhandenen konkursfremden Absicht des Antragstellers anzustellen. Die weitere Folgerung müßte dann folgerichtig, wenn man dies annehmen wollte, sein, daß es dann auch nicht im öffentlichen Interesse liegen kann, in unserem zweiten, abgewandelten Fall das Rechtsschutzbedürfnis wegen eines konkursfremden Begehrens zu verneinen; man müßte sich logischerweise auch hier mit der Abweisung des Antrages gemäß § 107 KO begnügen.

Die u. E. richtige Folgerung ist jedoch die, daß die Rechtsprechung dieses Problem, obwohl es von Jäger[1] verhältnismäßig frühzeitig angesprochen wurde, bislang nicht gesehen hat. Denn beide Fälle unterscheiden sich lediglich darin, daß im zweiten Fall faßbare Indizien für das Bestehen der genannten Absicht gegeben sind, während im ersten Fall Beweismittel erst noch zu ermitteln wären. Die Schwierigkeiten einer tatsächlichen Feststellung sind jedoch kein anerkennenswertes Kriterium für eine unterschiedliche Behandlung beider Fälle, zumal in beiden Fällen das Verhalten des Antragstellers in gleichem Maße unredlich und zu mißbilligen ist. Das Konkursverfahren ist darauf gerichtet, das Vermögen eines insolventen Schuldners zum Zwecke der gemeinschaftlichen Befriedigung seiner Gläubiger zu liquidieren, nicht jedoch darauf, diesen Schuldner in den Augen der Öffentlichkeit bloßzustellen und zu brandmarken. Dies läßt sich nicht etwa deshalb bezweifeln, weil die Konkursordnung die Eintragung des Schuldners in die „schwarze Liste" als legalen Abschluß des Konkursverfahrens anerkennt. Denn legaler Abschluß ist die Eintragung nur, wenn die Voraussetzungen des § 107 KO gegeben sind und nur dann, nicht aber ist die Eintragung als legales Ziel des Konkurses überhaupt anzuerkennen. Der Gläubiger ist nur legitimiert, die Befriedigung seiner Rechte in Gemeinschaft mit anderen Gläubigern zu fordern; er hat nicht das Recht, den Schuldner bloßzustellen.

Mag es auch richtig sein, daß es sich bei der Mehrzahl der Gemeinschuldner,

1 KonkTreuh aaO.

die in die „schwarze Liste" eingetragen werden, um unlautere Schuldenmacher handelt[1], so mißbraucht ein Gläubiger doch seine Konkursantragsbefugnis, wenn er allein der Eintragung wegen Konkursantrag stellt. Es ist daher richtig, solchen Konkursanträgen das Rechtsschutzbedürfnis abzusprechen.

7. a) Nicht zu verwechseln mit Fragen des Rechtsschutzbedürfnisses sind Erwägungen des Schuldnerschutzes, da der Rechtsschutzbedürfnisbegriff weder schuldnerschutzrechtliche Funktionen erfüllen soll noch die Bedeutung einer allgemeinen Härteklausel in dem Verhältnis von Antragsteller zu Gemeinschuldner hat. Das Rechtsschutzbedürfnis übt vielmehr seine Funktion im Verhältnis von Rechtsschutzsuchendem zum rechtsschutzgewährenden Staat aus und berührt das Verhältnis der im Rechtsschutzverfahren beteiligten Bürger zueinander allenfalls mittelbar. Dieses Verhältnis regeln die Vorschriften der §§ 138, 226, 242, 826 BGB[2], in der Vergangenheit vielleicht die des Gesetzes zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnützung von Vollstrekkungsmöglichkeiten vom 13. 12. 1934 (Vollstreckungsmißbrauchsgesetz)[3], heute vielleicht die Regelung des § 765 a ZPO[4], oder es greifen die Bestimmungen der §§ 1, 31 VerglO ein[5].

b) Es kann jedoch nicht übersehen werden, daß sich gerade im Konkurs schuldnerschützende Erwägungen mit Fragen des Rechtsschutzbedürfnisses oft überschneiden[6]. Dies wird sogar in jedem Falle der begründeten Rechtsschutzbedürfnisverneinung so sein, denn ein mißbräuchliches Verfahrensverhalten des Gläubigers im Sinne eines Verstoßes gegen im öffentlichen Interesse begründete Treuepflichten wird stets inzidenter eine gegen den Schuldner gerichtete Unredlichkeit in sich einschließen. Die angeführten Sachverhalte des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurs vermögen diese Verknüpfung von Allgemeininteresse und Schuldnerinteresse im Konkurs zu beweisen. Umgekehrt ist dies jedoch im Zweifel nicht anzunehmen, da die mißbräuchliche Verletzung schuldnerischer Belange noch keineswegs die mißbräuchliche Verletzung überindividueller Schutzgüter in sich birgt und auch

---

1 Vgl. Jäger aaO § 107 Anm. 8.
2 Vgl. zu deren Anwendbarkeit im Verfahrensrecht Baumgärtel ZZP 69. Bd., S. 89 ff.
3 RGBl I, S. 1234; siehe hierzu auch unten.
4 Siehe dazu unten im Text.
5 Vgl. Jäger KonkTreuh aaO mit zutreffender Kritik des LG Hamburg, Beschl. v. 22. 2. 1935 in KonkTreuh 1936, S. 44. Der Veröffentlichung des Beschlusses ist zwar kein Sachverhalt beigegeben, es handelt sich aber ersichtlich um den Konkursantrag eines hartherzigen Gläubigers gegen einen auf längere Sicht zur Zahlung zu befähigenden Schuldner. Es bleibt unter diesen Umständen zweifelhaft, ob die Zahlungsunfähigkeit jenes Schuldners überhaupt als erwiesen angenommen werden konnte. Dies mag jedoch unterstellt werden. Das LG hatte trotzdem den Antrag des Gläubigers zurückgewiesen. Im Ergebnis zu Recht. Wie Jäger aaO jedoch richtig bemerkt, war es im vorliegenden Falle überflüssig, auf die Frage der entsprechenden Anwendung der vollstreckungsschutzrechtlichen Vorschriften des Gesetzes vom 13. 12. 1934 einzugehen. Überflüssig jedoch nicht deshalb, weil etwa der vorliegende Sachverhalt mit dem Rechtsschutzbedürfniserfordernis begriffen werden konnte (anders offenbar Jäger aaO), da einseitig schuldnerschützende Erwägungen dessen Anwendung nicht rechtfertigen, sondern deshalb, weil hier das gerichtliche Vergleichsverfahren der gesetzliche Weg zur Vermeidung des Konkurses war (vgl. auch Jäger aaO). Doch interessiert uns eine etwaige Konkurrenz von Vergleichsverfahren und Zwangsvollstreckungsnotrecht nicht.
6 Vgl. auch den oben S. 114 ff geschilderten Sachverhalt.

keineswegs ein amtswegiges Einschreiten angezeigt erscheinen läßt; denn selbst wenn man einen Härtefall (einen Tatbestand des Schuldnerschutzrechts) als gegeben annimmt, läßt sich daraus noch keinesfalls auf das Vorliegen eines Mißbrauchstatbestands, der ein amtswegiges Einschreiten zum Schutze allgemeiner Rechtsgüter indizieren müßte, schließen.

aa) Dies galt wenigstens während der Geltungszeit des Vollstreckungsmißbrauchsgesetzes, da schon dessen Voraussetzungen an die Mißbräuchlichkeit eines Gläubigerverhaltens andere und viel weniger strenge waren, als wir für das Rechtsschutzbedürfniserfordernis verlangen. Daher setzen sich einige Entscheidungen dieser Zeit[1] richtigerweise — wenn auch vielleicht im Ergebnis zu Unrecht — mit der Frage nach der Anwendbarkeit der Vorschriften des Vollstreckungsmißbrauchsgesetzes im Konkurs auseinander[2].

Es ist jedoch zu beachten, daß schuldnerschutzrechtliche Erwägungen dann nicht auftreten können, wenn für den Konkursantrag das Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen ist. Dies verkennen einige Entscheidungen. So bedurfte es beispielsweise zur Zurückweisung des Konkursantrages in folgendem, vom AG Elberfeld[3] entschiedenen Falle nicht der Auseinandersetzung mit schuldnerschutzrechtlichen Erwägungen: Ein besonders hartnäckiger, rücksichtsloser Gläubiger stellte Konkursantrag. Die Schuldnerin, eine Kontoristin, war jahrelang arbeitslos und schließlich wegen eines Nervenzusammenbruches auf öffentliche Kosten in eine Nervenheilanstalt eingewiesen worden. Die Forderung des Gläubigers betrug 30,— RM[4]. Masse war nicht vorhanden. Der Gläubiger lehnte auch alsbald die Leistung eines Kostenvorschusses ab. Gerade einen Fall dieser Art betreffen die oben unter 6 b dargelegten Gründe, auf die verwiesen wird. Dem Konkursantrag des Gläubigers mangelt es daher an einem Rechtsschutzbedürfnis. In einem vom LG Zwickau[5] entschiedenen Falle war der Gläubiger einer geringfügigen Forderung bereit, einen den Betrag seiner Forderung weit übersteigenden Kostenvorschuß zu zahlen. In diesem Falle mag es wohl gerechtfertigt sein, daraus auf die ausschließliche Absicht des Antragstellers zu schließen, den Schuldner ohne wirtschaftlichen Sinn zu vernichten und für längere Zeit (als zur Zurückweisung des Konkursantrags mangels Masse erforderlich) seiner Verfügungsgewalt zu berauben, also ohne irgendwelches schutzwürdiges

---

1 Vgl. z. B.: OLG Naumburg, Beschl. v. 28. 3. 1936 in JW 1936, S. 1799 mit zust. Anm. v. Jonas (aaO, S. 1800); LG Hamburg, Beschl. v. 29. 1. 1938 in JW 1938, S. 2156; AG Leipzig, Beschl. v. 9. 8. 1935, in KonkTreuh 1936, S. 118; AG Saalfeld (Saale), Beschl. v. 10. 12. 1936 in DJ 1937, S. 321 f mit zust. Anm. v. Vogels.

2 Vgl. auch Jäger KonkTreuh aaO; Seidel, Vollstreckungsschutz im Konkursverfahren, KonkTreuh 1937, S. 4; Schumann, Gedanken über eine Reform der Konkursordnung, DJ 1935, S. 1212 (II. 1.); Höver, Zur Rechtserneuerung im Konkursrecht, DJ 1935, S. 517 (10. a.); Jonas, Das Zwangsvollstreckungsnotrecht, 11. Aufl., Berlin 1936, S. 163.

3 Beschl. v. 23. 9. 1935 in Gläubigerschutz 1935, S. 73 ff, zu Recht abgelehnt von Jäger KonkTreuh aaO.

4 Vgl. zur Antragstellung wegen geringfügiger Forderungen S. 102.

5 In KonkTreuh 1938, S. 45.

Interesse auf Kosten einer Verschleppung des Verfahrens zu schikanieren. Ein solches Verfahrensverhalten eines Antragstellers ist sittenwidrig. Die Zurückweisung eines solchen Konkursantrages basiert nicht mehr auf schuldnerschützenden Erwägungen. Der Gläubiger mißbraucht hier auf sittlich verwerfliche Weise die Rechtspflege zu einem von der Allgemeinheit mißbilligten Erfolg. Hierher gehört schließlich auch folgender vom AG Hindenburg O./S.[1] entschiedener Fall, der nach den oben 5 c, bb dargelegten Gründen zu würdigen ist: Die Gläubigerin einer Forderung von 21,45 RM nebst Zinsen[2] stellte gegen einen schlecht verdienenden Schuldner Konkursantrag, in dem es unter anderem hieß, der Antrag solle als auf vier Wochen sistiert gelten, wenn der Schuldner die Schuld in bestimmten Raten abzuzahlen sich verpflichte[3].

bb) Unter der Geltung des § 765 a ZPO sind keine gerichtlichen Entscheidungen, die sich mit der Anwendbarkeit schuldnerschutzrechtlicher Bestimmungen im Konkurs auseinandersetzen, bekannt geworden[4]. Dies erklärt sich daraus, daß § 765 a ZPO selbst als Voraussetzung die Unvereinbarkeit des Gläubigervorgehens in der Zwangsvollstreckung mit den guten Sitten fordert. Die Zwangsvollstreckung muß eine mit den guten Sitten nicht mehr zu vereinbarende Härte darstellen und vom moralischen Standpunkt aus zu verurteilen sein[5]. Diese Härteklausel ist also viel enger gefaßt als die des Vollstreckungsmißbrauchsgesetzes aus dem Jahre 1934. Soziale Unzuträglichkeiten oder wirtschaftliche Härten genügen nicht mehr[6]. Damit hat sich der Inhalt dieser Generalklausel nahe an einen Teilausschnitt des Rechtsschutzbedürfnisbegriffes angelehnt, da ja auch diese Vorschrift nunmehr ein für die Allgemeinheit unerträgliches, weil gegen das sittliche Empfinden aller billig und gerecht Denkenden verstoßendes Gläubigervorgehen voraussetzt. Damit stellt auch § 765 a ZPO nicht mehr allein das individuelle Schuldnerinteresse und dessen Schutz in den Vordergrund. Gleichwohl aber muß nach dem ausdrücklichen Wortlaut dieser Vorschrift das Gericht nicht von Amts wegen eingreifen, es kann vielmehr eingreifen, und auch dies nur auf einen entsprechenden Antrag des Schuldners hin. Es ist nicht unsere Aufgabe, die Gründe aufzuhellen, die den Gesetzgeber bewogen haben, den Antrag eines Schuldners vorauszusetzen. Es ist jedoch zu fragen, ob man angesichts der teilweisen Gleichgerichtetheit des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses und der Generalklausel des § 765 a für den Konkurs-

1 Beschl. v. 9. 4. 1935 in DRiZ 1935, Rechtsprechungsbeilage S. 470.
2 Vgl. zur Antragstellung wegen geringfügiger Forderungen oben S. 102.
3 Das AG lehnte den Konkursantrag ab und stützte diese Entscheidung auf Erwägungen, welche die Verneinung eines Rechtsschutzbedürfnisses für den Antrag tragen könnten; dem Wortlaut der Entscheidung nach sollte sie jedoch unter vollstreckungsmißbrauchsrechtlichen Gesichtspunkten verstanden werden.
4 Aus dem Schrifttum vgl. hierzu: Jonas-Pohle, Zwangsvollstreckungsnotrecht, S. 29 ff; Jäger-Weber aaO § 105 Anm. 7; Böhle-Stamschräder aaO § 105 Anm. 5; Mentzel-Kuhn aaO § 105 Anm. 5.
5 Vgl. im einzelnen Jonas-Pohle aaO S. 31.
6 Hier vermag das gerichtliche Vergleichsverfahren einzugreifen.

eröffnungsantrag zu folgern hat, daß eine amtswegige Rechtsschutzbedürfnisprüfung in Fällen, die schon von § 765 a ZPO — die Zulässigkeit einer entsprechenden Anwendung dieser Norm im Konkurs unterstellt — erfaßt werden, auszuscheiden hat und die Zurückweisung eines sittenwidrigen Antrags daher stets nur auf den Antrag des späteren Gemeinschuldners hin erfolgen kann. Wir halten gerade das Gegenteil für richtig, nämlich daß für die Anwendung des § 765 a ZPO im Konkurs wegen der Geltung des Rechtsschutzbedürfnisbegriffes kein Raum ist[1]. Wir wollen die Bedenken, die während der Geltung des Vollstrekkungsmißbrauchsgesetzes gegen dessen Anwendung auf das Konkursverfahren erhoben wurden, nicht wiederholen[2]. Gegen die Anwendbarkeit des § 765 a ZPO im Konkurs spricht jedenfalls folgendes: § 765 a ZPO beruht, wie überdies auch sein Antragserfordernis zeigt, auf Vorstellungen der Zwangsvollstreckung, auf dem Gegeneinander zweier Privatpersonen, Gläubiger und Schuldner; nur so kann u. E. erklärt werden, daß der Staat, obwohl er ein sittenwidriges Verhalten des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung erkennt, sich nicht veranlaßt sieht, von Amts wegen dagegen einzuschreiten, sondern es dem freien Belieben des Schuldners überläßt, das Gläubigerverhalten anzugreifen. Eine ganz andere Situation finden wir aber im Konkurs vor. Hier herrscht nicht der Dualismus Gläubiger-Schuldner, vielmehr stehen überindividuelle Zwecke auf dem Spiel. Diese öffentlichen Ziele gebieten in Fällen sittenwidrigen Vorgehens eines Gläubigers ein amtswegiges Eingreifen; hier kann es nicht der Initiative des Schuldners überlassen bleiben, gegen das sittenwidrige Vorgehen des Gläubigers anzukämpfen. Es ist daher Jäger-Weber[3] zumindest insoweit zuzustimmen, als er die Heranziehung des § 765 a ZPO für überflüssig hält.

---

1 Etwaige vom Rechtsschutzbedürfniserfordernis nicht erfaßte Härtefälle für den Schuldner gleicht die Möglichkeit der Beantragung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens aus.
2 Vgl. z. B. Jäger Konk-Treuh aaO.
3 aaO § 105 Anm. 7.

SCHLUSSWORT

Die uns bei der Durchsicht von Literatur und Rechtsprechung bekannt gewordenen Fälle des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurs sind erörtert. Unserem grundlegenden Anliegen entsprechend, wandten wir diesen Begriff weit zurückhaltender an, als dies gemeinhin getan wird. Wir versuchten, soweit dies bei einer Generalklausel möglich ist, Grenzen dieses Begriffes zu finden und uns bei der Einzelfallbetrachtung in diesen Grenzen zu halten. Vieles mag noch zu verbessern sein. Wir sind uns bewußt, schwankenden und oft unvorbereiteten Boden betreten zu haben. Deshalb behaupten wir auch nicht, stets das rechte Maß getroffen zu haben.

Dies aber sollte jeder, der den Problemen des Rechtsschutzbedürfnisses nachgeht, anerkennen: Die Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses und seine Verneinung ist die ultima ratio des Richters. Das Rechtsschutzbedürfniserfordernis darf nie zum Unterschlupf[1] ungelöster, vom Richter nicht bewältigter Probleme werden. Man vergesse nie die Möglichkeiten, die das geschriebene Recht gibt, und auch nie, daß man dem Rechtsschutzsuchenden mit der Verneinung seines Rechtsschutzbedürfnisses die Gewährung des Rechtsschutzes ablehnt.

---

[1] Vgl. Böttticher aaO.

I. Einzelabhandlungen

Baur, Fritz	Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit. Eine gerichtsverfassungsrechtliche Untersuchung Tübingen 1954
Baur, Fritz	Zur „Beschwer" im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses; in: Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag, 6. Januar 1957 München und Berlin 1957
Bernhardt, Wolfgang	Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß; in: Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg München und Berlin 1949
Bettermann, Karl August	Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform Prozeßrechtliche Abhandlungen Heft 16 Detmold — Frankfurt (Main) — Berlin 1949
Binder, Julius	Prozeß und Recht Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch Leipzig 1927
Bley, Erich	Die Feststellung des Konkursgläubigerrechts Leipziger Dissertation 1914
Bley, Erich	Klagrecht und rechtliches Interesse Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Heft 5 Leipzig 1923
Böttticher, Eduard	Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß Berlin 1930
Böttticher, Eduard	Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozeß; in: Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg München und Berlin 1949
de Boor, Hans Otto	Zur Reform des Zivilprozesses Vom Sinn staatlicher und ständischer Gerichtsbarkeit Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 109 Leipzig 1938
Degenkolb, Heinrich	Beiträge zum Zivilprozeß Der Streit über den Klagrechtsbegriff Das Anerkenntnisurteil Magister und Kurator im altrömischen Konkurs Leipzig 1905

Eckelmann, Hansgeorg — Begriff und Funktion des Institutes Rechtsschutzbedürfnis, entwickelt insbesondere an den Klagen des Erkenntnisverfahrens
Freiburger Dissertation 1947

Geib, Otto — Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß
Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, 18. Band, Heft 1
München 1909

Goldschmidt, James — Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht); in: Festgabe für Bernhard Hübler zum 70. Geburtstag am 25. Mai 1905
Berlin 1905

Goldschmidt, James — Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht; in: Festschrift für Heinrich Brunner zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 8. April 1914, überreicht von der juristischen Fakultät der Universität Berlin
Berlin, München und Leipzig 1914

Goldschmidt, James — Der Prozeß als Rechtslage
Eine Kritik des prozessualen Denkens
Berlin 1925

Hedemann, J. Wilhelm — Die Flucht in die Generalklauseln
Eine Gefahr für Recht und Staat
Tübingen 1933

Hegler, August — Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozeßrechts; in: Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Benno Schmidt
Tübingen 1931

Hellwig, Konrad — Anspruch und Klagrecht
Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht
Jena 1900

Hellwig, Konrad — Klagrecht und Klagmöglichkeit
Eine Auseinandersetzung über die Grundfragen des heutigen Civilprozessrechts
Leipzig 1905

Kipp, Theodor — Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit; in: Festschrift für Ferdinand von Martitz zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum von der Berliner juristischen Fakultät am 24. Juli 1911
Berlin 1911

Kohler, Josef — Zivilprozeß und Konkursrecht; in: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung

Begründet von Franz von Holtzendorff
Herausgegeben von Josef Kohler
Dritter Band, München, Leipzig, Berlin 1913,
7. Auflage

Langheineken, P.
Der Urteilsanspruch
Ein Beitrag zur Lehre vom Klagrecht
Leipzig 1899

Mandry, Gustav
Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze
Systematisch zusammengestellt und verarbeitet
4. Auflage besorgt von Otto Geib
Freiburg, Leipzig und Tübingen 1898

Neuner, Robert
Privatrecht und Prozeßrecht
Beiträge zum Zivilprozeß, 3. Heft
Mannheim, Berlin, Leipzig 1925

Niese, Werner
Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen
Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre
Göttingen 1950

Nußbaum, Arthur
Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse
Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, 17. Band, 1. Heft
München 1908

Pohle, Rudolf
Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis; in: Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag 6. Januar 1957
München und Berlin 1957

Schmidt, Eberhard
Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege
Göttingen 1951, 2. Auflage

Schönke, Adolf
Das Rechtsschutzbedürfnis
Studien zu einem zivilprozessualen Grundbegriff
Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 17
Detmold, Frankfurt (Main), Berlin 1950

Siebert, Wolfgang
Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung
Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (§§ 226, 242, 826 BGB), unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes (§ 1 UWG)
Marburg 1934

Stein, Friedrich
Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage; in: Festgabe der juristischen Fakultät der Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg für Hermann Fitting zum 27. Oktober 1902
Halle 1903

Wach, Adolf
Vorträge über die Reichs-Civilprocessordnung, 1. Auflage
Bonn 1879

Wach, Adolf
Der Feststellungsanspruch
Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch; Sonderabdruck aus der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für B. Windscheid zum 22. Dezember 1888
Leipzig 1889

Weismann, Jakob
Hauptintervention und Streitgenossenschaft
Leipzig 1884

Wieacker, Franz
Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung
Göttingen 1952

Wolf, Heinz
Rechtsschutzbedürfnis für Klagen aus vollstreckbaren Ansprüchen
Leipziger Dissertation 1937

II. Aufsätze

Allorio
Rechtsschutzbedürfnis?
Zeitschrift für Zivilprozeß
67. Band, Seite 321

Baumgärtel
Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereiche der ZPO und des FGG
Zeitschrift für Zivilprozeß, 67. Band, Seite 423

Baumgärtel
Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren
Zeitschrift für Zivilprozeß, 69. Band, Seite 89

Baur
Der Konkurs der Vorgesellschaft
Deutsche Rechts-Zeitschrift 1950, Seite 9

Baur
Zur gegenwärtigen Lage des Insolvenzrechts
Juristenzeitung 1951, Seite 209

Baur
Der Anspruch auf rechtliches Gehör
Archiv für die Civilistische Praxis
153. Band, Seite 393

Bernhardt
Auswirkungen von Treu und Glauben im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung
Zeitschrift für Zivilprozeß, 66. Band, Seite 77

Böhle-Stamschräder
Anmerkung zum Beschluß des OLG Schleswig vom 22. Juni 1950
Neue Juristische Wochenschrift 1951, Seite 119

Böhle-Stamschräder	Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu den Strafbestimmungen der Konkursordnung Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen 1957, Seite 17
Boennecke	Einzelfragen aus der konkursgerichtlichen Praxis Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen 1955, Seite 173
Braß	Konkursanträge wegen 1 Mark Konkurs- und Treuhandwesen 1932, Seite 36
Görres	Über das Verschulden im Prozeß (Culpa in processu.) Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, 34. Band, Seite 1
Goldschmidt	Kann durch Zerlegung eines zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Anspruches in mehrere, gleichzeitig erhobene Teilklagen die amtsgerichtliche Zuständigkeit begründet werden? Juristische Wochenschrift 1931, Seite 1753
Gron	Der Anspruch auf Rechtspflege (Justizanspruch) Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß 51. Band, Seite 145
Habscheid	Der Anspruch auf Rechtspflege Zeitschrift für Zivilprozeß 67. Band, Seite 188
Höver	Zur Rechtserneuerung im Konkursrecht Deutsche Justiz 1935, Seite 513
Jäger	Mißbrauch der Konkursantragsbefugnis Konkurs- und Treuhandwesen 1936, Seite 81
Jauernig	Nochmals: Auswirkungen von Treu und Glauben im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung Zeitschrift für Zivilprozeß, 66. Band, Seite 398
Kohler	Der sogenannte Rechtsschutzanspruch Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß 33. Band, Seite 211
Krantz	Konkursantrag als Druckmittel zu Ratenzahlungen? Neue Juristische Wochenschrift 1952, Seite 291
Lent	Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß Zeitschrift für Zivilprozeß 67. Band, Seite 344
Münzel	Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in der neueren Entwicklung Zeitschrift für Zivilprozeß 66. Band, Seite 334
Peter	Konkursanträge als Mißbrauch der Rechtspflege Neue Justiz 1952, Seite 209

Pohle — Besprechung der Monographie „Das Rechtsschutzbedürfnis" von Adolf Schönke
Zeitschrift für Zivilprozeß
64. Band, Seite 94

Sax — Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allgemeinen Prozeßrechtslehre
Ein Beitrag zur allgemeinprozessualen Methodik
Zeitschrift für Zivilprozeß
67. Band, Seite 21

Schönke — Das Rechtsschutzbedürfnis
Ein zivilprozessualer Grundbegriff
Archiv für die Civilistische Praxis
150. Band, Seite 216

Schüle — Treu und Glauben im deutschen Verwaltungsrecht
Verwaltungsarchiv Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit
38. Band, Seite 399
39. Band, Seite 1

Schumann — Gedanken über eine Reform der Konkursordnung
Deutsche Justiz
1935, Seite 1210

Schumann — Zwei Fragen aus dem Konkurs- und Vergleichsrecht
Konkurs- und Treuhandwesen
1938, Seite 4

Seidel — Vollstreckungsschutz im Konkursverfahren
Konkurs- und Treuhandwesen
1937, Seite 4

Skrotzki — Das rechtliche Gehör im Konkursverfahren
Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
1956, Seite 105

Wach — Der Rechtsschutzanspruch
Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß
32. Band, Seite 5

Weber — Zur Problematik der Prozeßführung des Konkursverwalters
Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
1955, Seite 102

III. Lehrbücher

Baur, Fritz — Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch
Allgemeines Verfahrensrecht
Tübingen 1955

Esser, Josef	Lehrbuch des Schuldrechts Karlsruhe 1949, 1. Auflage
Fitting, Hermann	Das Reichs-Konkursrecht und -Konkursverfahren 3., völlig neu bearbeitete Auflage Berlin 1904
Goldschmidt, James	Zivilprozeßrecht 2., umgearbeitete und erweiterte Auflage Berlin 1932
Hellwig, Konrad	Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts I. Band, Leipzig 1903
Hellwig, Konrad	System des Deutschen Zivilprozeßrechts I. Teil, Leipzig 1912
Jäger, Ernst	Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts 8., erweiterte Auflage des Grundrisses zur Vorlesung über Konkursrecht Berlin und Leipzig 1932
Kohler, Josef	Lehrbuch des Konkursrechts Stuttgart 1891
Lent, Friedrich	Zivilprozeßrecht. Ein Studienbuch 8., neu bearbeitete Auflage München und Berlin 1958
Lent, Friedrich	Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht Ein Studienbuch 7. Auflage, München und Berlin 1958
Nikisch, Arthur	Zivilprozeßrecht Tübingen 1951, 2. Auflage
Oetker, Friedrich	Konkursrechtliche Grundbegriffe Band I Die Gläubiger Stuttgart 1891
Pollak, Rudolf	System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes Wien 1906
Rosenberg, Leo	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 7., neu bearbeitete Auflage München und Berlin 1956
Sauer, Wilhelm	Grundlagen des Prozeßrechts 2. Auflage, Stuttgart 1929
Schmidt, Richard	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 2., umgearbeitete Auflage, Leipzig 1906
Schönke-Baur	Zwangsvollstreckungsrecht Eine systematische Darstellung von Adolf Schönke, 6. Auflage, neu bearbeitet und erweitert um das Konkurs- und Vergleichsrecht von Fritz Baur Karlsruhe 1956

Schönke-Schröder-Niese	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts von Adolf Schönke 8. Auflage, neu bearbeitet von Horst Schröder und Werner Niese Karlsruhe 1956
Schultze, August Sigmund	Das Deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen Freiburg und Tübingen 1880
Seuffert, Lothar	Deutsches Konkursprozeßrecht Leipzig 1899
Stein, Friedrich	Grundriß des Zivilprozeßrechts Tübingen 1921
Wach, Adolf	Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts I. Band, Leipzig 1885
Weismann, Jakob	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes I. Band, Stuttgart 1903

IV. Kommentare

Baumbach-Lauterbach	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen von Adolf Baumbach Neu bearbeitet von Wolfgang Lauterbach 25. Auflage, München und Berlin 1958
Bley	Vergleichsordnung Kommentar von Erich Bley 2., neu bearbeitete Auflage, Berlin 1955
Böhle-Stamschräder	Konkursordnung 5., neu bearbeitete Auflage München und Berlin 1958
Jäger	Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen 6. und 7., neu bearbeitete Auflage Berlin und Leipzig 1931, Zwei Bände Jäger Konkursordnung mit Einführungsgesetzen Kommentar begründet von Ernst Jäger 8. Auflage
Jäger-Lent	Erster Band (§§ 1—70 KO) bearbeitet von Friedrich Lent
Jäger-Weber	Zweiter Band (§§ 71 ff KO) bearbeitet von Friedrich Weber (im Erscheinen begriffen) Berlin 1958

Jonas	Das Zwangsvollstreckungsnotrecht 11. Auflage, neu bearbeitet und erweitert unter Mitwirkung von Rudolf Pohle Berlin 1936
Jonas-Pohle	Zwangsvollstreckungsnotrecht Abbau und Einbau in das Dauerrecht-Erläuterungsbuch begründet von Martin Jonas, fortgeführt von Rudolf Pohle 16., umgearbeitete und erweiterte Auflage Berlin und Frankfurt (Main) 1954
Mentzel-Kuhn	Kommentar zur Konkursordnung von Franz Mentzel 6., neu bearbeitete Auflage von Georg Kuhn Berlin und Frankfurt (Main) 1955
Schmidt, Eberhardt	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts Göttingen 1952
Seuffert-Walsmann	Kommentar zur Zivilprozeßordnung von Lothar von Seuffert, Erster Band 12., völlig neu bearbeitete Auflage von Hans Walsmann München 1932
Stein	Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich Erster Band 10. Auflage des von L. Gaupp begründeten Kommentars Tübingen 1911
Stein-Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung 17., auf den Stand der 18. ergänzte Auflage 18. Auflage von Adolf Schönke, ergänzt seit April 1953 von Rudolf Pohle. Zwei Bände München und Berlin 1953 f

V. Materialien

Hahn, C.	Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Vierter Band: Die gesamten Materialien zur Konkursordnung Berlin 1881

Anmerkung: In der Arbeit werden die im Schrifttum allgemein üblichen Abkürzungen verwendet.

INHALT

I. Teil Das Rechtsschutzbedürfnis im allgemeinen

I. Abschnitt: Der überkommene Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses

I. Zum Stand von Rechtsprechung und Rechtslehre
2. Die Rechtsprechung
3. Die ältere Lehre

II. Die Theorie von Schönke

1. Seine Definition des Rechtsschutzbedürfnisses
2. Der Zweck des Prozesses, zugleich eine Kritik der Auffassung Schönkes vom Zweck des Prozesses
3. Folgerungen aus dem Zweck des Prozesses für den Inhalt des Rechtsschutzbedürfnisses, zugleich eine Kritik an den Folgerungen Schönkes

II. Abschnitt: Ein neuer Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses

I. Ausgangspunkt

II. Die Rechtsstellung des Einzelnen im Rechtsschutz — sein Anspruch auf Justizgewährung

III. Das Wesen des Rechtsschutzbedürfnisbegriffes

IV. Ein Versuch, diesen Rechtsschutzbedürfnisbegriff näher zu bestimmen und seine Grenzen festzulegen — zugleich eine Kritik an der herrschenden Lehre.

1. Das Rechtsschutzbedürfnis als Ausnahmetatbestand, es hat Einwendungscharakter, die Behauptungs- und Beweislast eines Mangels des Rechtsschutzbedürfnisses trägt der Staat, der Einzelne hat die Vermutung des Rechtsschutzbedürfnisses für sich.
2. Das Rechtsschutzbedürfniserfordernis, ein ausschließlich prozessual, frei von materiell-rechtlichen Erwägungen der Begründetheitsprüfung der Rechtsschutzbegehren zu bestimmender Tatbestand, zugleich eine Auseinandersetzung mit Allorio.
3. Die Subsidiarität des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses.

II. Teil Das Rechtsschutzbedürfnis im Konkurs

I. Abschnitt: Das Wesen des Konkurses — der Konkursgewährungsanspruch

I. Der Grundsatz

II. Die Schranken dieses Rechts aus dem Wesen des Konkurses

II. Abschnitt: Die Bedeutung des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurs

I. Allgemeine Erwägungen

1. Theorie und Praxis

2. Die Ursachen für die geringe Bedeutung des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurs.
   a) Die mustergültige Kodifikation des Konkursverfahrensrechts — die Subsidiarität des Rechtsschutzbedürfniserfordernisses
   b) Das mangelnde Bedürfnis für die Anwendung des Rechtsschutzbedürfnisbegriffes
   c) Das Rechtsschutzbedürfniserfordernis ist keine allgemeine Voraussetzung jeder Verfahrenshandlung

II. Die einzelnen Verfahrensabschnitte mit Ausnahme des Konkurseröffnungsverfahrens und ihre maßgeblichsten Verfahrenshandlungen — die Bestätigung der allgemeinen Erwägungen am Einzelfall

1. Das Feststellungsverfahren
   a) Die Anmeldung der Konkursforderung
   b) Der Widerspruch
   c) Der Feststellungsprozeß

2. Die Verteilungsverfahren
   a) Die Nachtragsverteilung
   b) Die Abschlags- und Schlußverteilung

3. Das Zwangsvergleichsverfahren
   a) Der Vergleichsvorschlag
   b) Die gerichtliche Bestätigung des angenommenen Zwangsvergleichs

4. Die Einstellung des Konkursverfahrens

III. Abschnitt: Das Rechtsschutzbedürfnis im Konkurseröffnungsverfahren

I. Die geschriebenen Erfordernisse des Konkurseröffnungsantrags

II. Das ungeschriebene Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurseröffnungsverfahren
   1. Übersicht über den Stand von Rechtsprechung und Rechtslehre.
   2. Die grundsätzliche Anwendbarkeit des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurseröffnungsverfahren.

III. Die Einzelfälle des Rechtsschutzbedürfnisses im Konkurseröffnungsverfahren.

LEBENSLAUF

Am 4. März 1933 wurde ich, Fritz Dürr, als 2. Kind des Oberingenieurs Gustav Dürr und seiner Ehefrau Helene, geb. Heck, in Stuttgart geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Meine Kindheit verbrachte ich im Elternhaus in Stuttgart. Nachdem ich dort 4 Jahre zur Grundschule gegangen war, trat ich am 1. September 1943 in das Eberhard-Ludwig-Gymnasium in Stuttgart ein. In dieser Schule legte ich auch nach neunjähriger Zugehörigkeit am 31. März 1952 die Reifeprüfung ab. Anschließend arbeitete ich bis zum Herbst 1952 bei einer Versicherungsgesellschaft.

Am 4. November 1952 wurde ich als Student der Rechte bei der Universität Freiburg i. Br. immatrikuliert. Mein weiteres Studium führte mich für drei Semester an die Universität München, für zwei Semester an die Universität Heidelberg und schließlich im Herbst 1955 für die zwei letzten Semester an die Universität Tübingen, wo ich am 28. November 1956 die erste juristische Staatsprüfung mit der Note vollbefriedigend bestand.

Am 28. Dezember 1956 wurde ich zum Gerichtsreferendar ernannt und bin seitdem im bad.-württ. Vorbereitungsdienst tätig.